Die Schuldverwandlung

(die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld)

nach römischem und heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Freytag

aus Mogilno

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Nakel-Netze.

[illegible]

Approbiert am 5. März 1906.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

87

Referent: Univ.-Prof. Dr. Oertmann.

Meiner lieben Mutter

in Verehrung und Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Der Begriff „Schuld" 1

Erster Teil.

Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld nach römischem Recht.

§ 2. Nexum, mutuum, creditum 4
§ 3. Das Darlehn als Realkontrakt 6
§ 4. Die Form der datio bei dem mutuum in ihrer geschichtlichen Entwicklung 9
§ 5. Die Verwandlung eines depositum in ein mutuum 11
§ 6. Die Verwandlung einer Schuld beliebigen Ursprungs in ein mutuum 18
§ 7. a) Der Widerspruch zwischen l. 34 D. 17, 1 und l. 15 D. 12, 1 . . 25
b) Die Entscheidung des Streites durch Justinian 27
§ 8. Die juristische Natur der Verwandlung. Ihr Unterschied von der Novation 31
§ 9. Die Wirkungen der Schuldverwandlung 33

Zweiter Teil.

Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld nach heutigem Recht.

§ 10. Die Bedeutung des § 607 Abs. 2 des BGB. nach den Materialien zu demselben 36
§ 11. Die erste mögliche Konstruktion der Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner, ut pecuniam debitam crediti nomine retineat . . 39
§ 12. Das Darlehn Real- oder Konsensualvertrag? 40
§ 13. Die zweite mögliche Konstruktion der fraglichen Vereinbarung . . . 46
§ 14. Die dritte mögliche Konstruktion der fraglichen Vereinbarung . . . 48
§ 15. Wesen und Wirkungen der fraglichen Vereinbarung 48
§ 16. Verhältnis des § 607 Abs. 1 zu §§ 780 f. BGB. 55

Literaturverzeichnis.

Adler, Realvertrag und Vorvertrag. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des deutschen Rechts Bd. 31.

Affolter, Das verzinsliche Darlehn. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867.

Bähr, Über den Anerkennungsvertrag. In Iherings Jahrbüchern Bd. 2.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. Abt. 2. 2. Aufl.

Brinz, Kritische Blätter. Bd. 1.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Recht.

Demelius, Über die Realverträge. In Iherings Jahrbüchern Bd. 3.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 4. Aufl. 1894.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Abt. 2. 3. Aufl. 1906.

Emmerich, Erklärung des l. 29 D. 16, 3. In Zeitschrift für Zivilrecht und -prozeß Bd. 18.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.

Farnbacher, Skizzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Blätter für Rechtsanwendung Bd. 63.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen. 6. Aufl.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 4. Aufl. Bd. 2.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 12.

Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts. 1845.

Göschen, Vorlesungen. Bd. 2.

Goldschmidt, Die exceptio non numeratae pecuniae und die Reichsprozeßgesetzgebung. In Iherings Jahrbüchern Bd. 24.

Heimbach, Zur Lehre vom Kreditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 1899.

Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht.

Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien.

Huschke in Zeitschrift für Zivilrecht und -prozeß Bd. 2 (n. F.).

Klemperer, Bürgerliches Gesetzbuch § 607 Abs. 2. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43.

Köppen, über Realverträge. In Jherings Jahrbüchern Bd. 11.
Kohler, über das Konsensualdarlehn. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2 u. 8.
Krahmer, Der Darlehnsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Halle 1900, Verlag Kemmerer.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1902.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Aufl. (1899) und 2. Aufl. (1906).
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse.
Reinhold, Die Natur der sogenannten Realkontrakte. 1888.
Römer, Die bedingte Novation.
Rösler. Die Kreditnatur des Darlehns. In Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 12.
Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 97.
Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht. 1866.
v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. 1864.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 1 (1840), Bd. 5 (1841).
v. Schey, Die Obligationenverhältnisse des österreichischen Privatrechts. Bd. 1. Das Darlehn. 1890.
Schmid, Das depositum irregulare. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 30.
Schubart, De mutuo brevi manu contrahendo. Diss. inaug. Berol. Berlin 1868, Schades Verlag.
Schulin, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. 1896.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 5. Nr. 127.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 6. Aufl.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1. Aufl.
Storch, Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehnsvertrag. 1878.
Unger, über Realverträge. In Jherings Jahrbüchern Bd. 8.
v. Vangerow, Pandekten. Bd. 3.
Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl.
Witte, über Römer (Bedingte Novation). In Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 6.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

§ 1.

Der Begriff „Schuld".

In der hier folgenden Darstellung wird von Anfang an mit dem Begriffe „Schuld" zu operieren sein. Es dürfte daher nicht unzweckmäßig erscheinen, der Behandlung des Themas einleitungsweise eine kurze Untersuchung dieses Begriffes voranzuschicken, um eine sichere Grundlage für die folgende Besprechung zu gewinnen.

Abgesehen von der „Schuld" im moralischen Sinne, die hier nicht weiter interessiert, begegnet man diesem Ausdruck in teils weiterer, teils engerer Bedeutung.

1. Im weiteren Sinne definiert z. B. Dernburg[1]) Schuld als „die präsente oder eventuelle Verbindlichkeit zu einer Leistung".

2. Als Schuld will dagegen Brinz[2]) nur diejenige Verpflichtung zu einer Leistung verstanden wissen, welche eine Verringerung des Vermögens des Verpflichteten darstellt, denn, „daß jede dem Forderungsrechte entgegenstehende Verpflichtung Schuld heiße, hat nicht nur den gemeinen Sprachgebrauch nicht für sich, sondern auch den wirklichen Sachverhalt und die juristische Praxis gegen sich".

3. Eine noch engere Auffassung findet man bei Windscheid[3]) vertreten, woselbst gesagt ist: „Der Sprachgebrauch zeigt eine entschiedene Neigung, diesen Ausdruck auf Geldschulden zu beschränken."

Ähnlich definiert Salkowski[4]): „Schulden nennen wir die streng einseitigen, auf Geldzahlung, und zwar meistens Zahlung einer bestimmten Summe gerichteten obligatorischen Verbindlichkeiten." So

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 3.

[2]) Brinz, Lehrb. d. Pand. Bd. 2 Abt. 1 S. 34.

[3]) Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2 § 251 S. 6.

[4]) Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht S. 9.

versteht er also im Gegensatze zu Brinz, der jede auch nur mittelbare Verringerung des Vermögens zum Vorhandensein einer Schuld genügen läßt, darunter nur diejenigen Verpflichtungen, welche unmittelbar eine Vermögensverringerung zur Folge haben, was eben nur bei auf Leistung einer Geldsumme gerichteten Verbindlichkeiten der Fall ist.[5]) Die auf ein facere gerichteten scheidet er daher aus.

Was nun die Bezeichnungsweise des römischen Rechtes angeht, so finden wir in dem oben bezeichneten weitesten Sinne gebraucht das Wort „debitum"; so ist beispielsweise in Gaius' Institutionen (IV, 33) von res aliqua certa debita gesprochen, in l. 12 D. 12, 6 von debere usumfructum, in l. 26 § 12 D. 12, 6 von einem homo indebitus. „Besonders häufig aber finden wir in den Quellen den Ausdruck debitum für die der Darlehnsobligation entspringende Verpflichtung."[6]) Die Bedeutung von Geldschuld ist im römischen Recht, wenigstens dem Worlaute nach, dem Ausdrucke „aes alienum" beigelegt, in Wirklichkeit wurden auch andere Schulden darunter verstanden,[7]) wie aus l. 213 § 1 D. 50, 16 hervorgeht, wo gesagt ist: „aes alienum est, quod nos aliis debemus". Den Ausdruck „nomen" bezeichnet Brinz[8]) als von Buchschulden abstammend, meist auf Geldschulden gehend, Salkowski[9]) dagegen seiner obigen Definition von Schuld entsprechend, die „dem aes alienum als Geldschuld gegenüberstehende, streng einseitige, auf Geld gehende Forderung".

Mit Rücksicht auf unser heutiges Recht ist zu sagen, daß wir im Bürgerlichen Gesetzbuche zwar den Ausdruck „Schuld", und davon abgeleitet z. B. die Ausdrücke „Schuldner", „Schuldverhältnis", „Schuldübernahme" finden, aber nirgends eine Definition von „Schuld". Sie ist auch entbehrlich, denn aus dem Gesetze selbst ergibt sich klar, daß dieses darunter „Schuld im weitesten Sinne" verstanden wissen will. Der § 241 verrät dies deutlich, indem hier die Worte „Schuldverhältnis" und „Schuldner" mit Beziehung auf diesen Sinn gebraucht sind, ebenso ist auch aus dem von der Schuldübernahme handelnden Abschn. 5 des 2. Buches, z. B. aus § 414 ersichtlich, daß

---

[5]) Salkowski a. a. O. S. 9.
[6]) Brinz a. a. O. S. 479.
[7]) vgl. Brinz a. a. O. S. 34.
[8]) Brinz a. a. O. S. 34.
[9]) Salkowski a. a. O. S. 10.

Schuld hier im weitesten Sinne zu verstehen ist. Spricht aber das Gesetz von Geldschulden, also Schulden im engsten Sinne, so ist auch stets der Ausdruck „Geldschulden" benutzt, so in den §§ 244 und 245. Es ist also nicht zweifelhaft, daß, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch das Wort „Schuld" gebraucht, damit stets die „Verpflichtung zu einer Leistung" gemeint ist, welcher Ausdruck übrigens auch als Überschrift des 1. Titels des Abschn. 1 vom 2. Buche gewählt ist.

Schuld im Sinne des heutigen Rechts ist also dasselbe wie „Verpflichtung zur Leistung".

Mag dieser Bedeutung auch entgegenstehen, daß „der Sprachgebrauch des Volkes dazu neigt, die Bedeutung von Schulden auf Geldschulden zu beschränken",[10]) so ist dennoch bei Behandlung unseres Themas nicht jener, sondern der Sprachgebrauch des Gesetzes selbst zugrunde zu legen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß auch jede Schuld in diesem Sinne zu einer Verwandlung sich eignet. Zweck der nun folgenden Besprechung ist es ja eben, dies festzustellen. Den Ausgangspunkt wird man hierbei von der juristischen Natur des Darlehns zu nehmen haben, insbesondere aber wird auf seine Natur als Realkontrakt einzugehen sein.

---

[10]) Windscheid a. a. O. S. 6.

Erster Teil.

Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld nach römischem Recht.

§ 2.

Nexum, mutuum, creditum.

Das Darlehn des altrömischen Zivilrechts zur Zeit der zwölf Tafeln war das nexum im engeren Sinne. (Im weiteren Sinne umfaßt das nexum alle per aes et libram eingegangenen Geschäfte). Der Empfänger des Kapitals, nexum aes, pecunia, quae per nexum obligatur, wurde Eigentümer desselben. Eingegangen wurde es, wie die mancipatio, auf feierliche Weise,[1]) indem der Darlehnsgeber vor quinque puberes cives Romani als Zeugen durch den libripens dem Darlehnsnehmer das aes, das ist Barrenmetall, zuwiegen läßt und dann erklärt, daß der Empfänger des Darlehns zur Rückgabe desselben nach bestimmter Zeit verpflichtet sei, aber nur zur Rückgabe einer gleichen Quantität, mit den Worten: „dare damnas esto". Erfüllte der Schuldner nicht zur gehörigen Zeit, so haftete er dem Gläubiger mit seinem Leben, er gilt als nexus dem bereits Verurteilten (indicatus) gleich und kann nach Ablauf einer bestimmten Frist durch Handanlegung in Schuldknechtschaft gebracht werden.

Im Laufe der späteren Entwicklung nun wurde das sich in starren Formen bewegende ius civile durch das ius gentium abgemildert, das altrömische nexum mußte dem mutuum, dem Darlehn des Peregrinenrechts, Platz machen. Als Darlehn des justinianischen Rechts ist das mutuum, nachdem es eine interessante, unten näher zu besprechende

[1]) vgl. Schulin, Lehrb. der Geschichte des römischen Rechts S. 383; Sohm, Institutionen des römischen Rechts S. 27.

Entwicklung durchgemacht hatte, auch im Corpus iuris civilis behandelt, und zwar in den Institutionen im 14. Titel des 3. Buches, in den Digesten im 1. Titel des 12. Buches, im Kodex im 12. Titel des 4. Buches.

Neben dem Ausdruck „mutuum" findet man aber in den Digesten ebenso wie in den Institutionen und im Kodex die Ausdrücke „res creditae", „pecunia credita", „creditum", die hier einer kurzen Erläuterung bedürfen.

Wie Heimbach[2]) und Huschke[3]) nachgewiesen haben, werden diese Ausdrücke bald in einem engeren, bald in einem weiteren Sinne in den römischen Rechtsquellen gebraucht. Im engeren Sinne wird hiermit das mutuum bezeichnet, welches ursprünglich nur an verzehrbaren Sachen[4]) möglich, sich später zum Darlehen von Fungibilien, insbesondere von Geld, entwickelt hat. In einem weiteren Sinne wendete z. B. der Prätor im Edikt dies Wort an, wo er unter dem Titel „de rebus creditis" auch commodatum und pignus behandelte. Unter res creditae in dieser Bedeutung fallen nach l. 1 § 1 D. 12, 1 (de rebus creditis) überhaupt: „omnes contractus, quos alienam fidem secuti instituimus", also auch quasi usus fructus, locatio conductio irregularis, depositum irregulare, dos, ja auch Vorschüsse, welche dem Mandatar und socius gegeben wurden.[5]) In dem von Paulus herrührenden Fragment l. 2 § 3 D. 12, 1 ist der Unterschied von creditum im weiteren Sinne und mutuum dahin bestimmt: „creditum a mutuo differt, quà genus a specie." Letzteres ist also eine Unterart des ersteren. Während Gegenstand des ersteren nach l. eod. § 1 sind: „hae res, quae pondere, numero, mensura consistunt", „creditum consistit extra eas res, quae pondere. numero, mensura continentur". Ein weiterer, unten näher zu behandelnder bedeutsamer Unterschied ist auch der: „mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum, si nihil proficiscatur, velut si post nuptias dos promittatur" (l. 2

---

[2]) Heimbach, Die Lehre von dem Kreditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten S. 67.

[3]) Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn S. 6.

[4]) vgl. Goldschmidt in Gerbers und Iherings Jahrbüchern Bd. 24 der neuen Folge S. 95.

[5]) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. S. 354.

§ 3 D. h. t.). Auch die Begründungsweise beider ist verschieden, das mutuum kann nur re entstehen, das creditum außerdem auch verbis (l. 2 § 5 h. t.), wie denn überhaupt jeder Stipulation ein fingiertes creditum zugrunde liegt.[6]) Die Entstehung eines creditum durch litterarum obligatio war jedoch dem justinianischen Rechte fremd.[7]) In der engeren Bedeutung als Darlehn findet man namentlich[8]) die Bezeichnung „pecunia credita", so in l. 11 D. 50, 16 (de verborum significatione): „qui pecuniam crediderunt", in l. 24 D. 19, 5 (de praescriptis verbis): „pecuniae creditae usurae". Aber auch schon Gaius gebraucht den Ausdruck im engeren Sinn (Gai. institutiones III § 124). Ebenso kommt auch das Wort „creditum" bisweilen im Sinne von mutuum vor.

Auf diese Ausführungen wird weiter unten, bei der Interpretation der verschiedenen Quellenstellen, zu verweisen sein.

§ 3.

Das Darlehn als Realkontrakt.

Es wird sich jetzt die Frage aufwerfen: „Ist denn nach römischem Rechte die Verwandlung einer anderen Schuld in ein Darlehen überhaupt möglich?" Den Ausgangspunkt bildet hier die juristische Natur des Darlehns im römischen Recht, und zwar wird insbesondere zu entscheiden sein, da ja die Verwandlung in ein Darlehn die Begründung eines solchen bedeutet, ob einer solchen Begründung nicht die Natur des mutuum als Realkontrakt entgegensteht.

Gegenstand des mutuum sind nur fungible Sachen, „mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt" (l. 2 § 1 D. 12, 1). Als Grund hierfür ist angegeben: „quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functiones recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia

---

[6]) vgl. Gneist, Formelle Verträge S. 148.

[7]) Heimbach a. a. O. S. 83.

[8]) v. Schey, Die Obligationenverhältnisse des österr. PrivR. Bd. 1 § 6 Nr. 2 S. 26.

aliud pro alio invito creditore solvi non potest". Mit mutuum wird nun bald dieser Gegenstand, bald das Geschäft selbst bezeichnet.[1])

Im letzteren Sinne ist das mutuum zunächst ein Vertrag und erfordert als solcher die übereinstimmende Willenserklärung der Vertragsschließenden; insbesondere besagt l. 55 D. 44, 7 (de obligationibus et actionibus): „in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium."

Jedoch genügt die bloße Willenseinigung zum Zustandekommen des mutuum nicht, wie sie ja regelmäßig auch zur Begründung anderer Kontrakte nicht genügte, denn: „obligationes ex contractu nascuntur aut re aut verbis aut consensu" (l. 1 § 1 D. eod.). Weiter sagt diese lex: „re contrahitur obligatio mutui datione." Res aber bedeutet, wie eine Vergleichung der Quellenstellen ergibt, die Tatsache der Hingabe von Sachen, ist also ein kürzerer Ausdruck für datio rei. Anderer Meinung ist allerdings Förster,[2]) welcher mit res den Gegenstand selbst bezeichnet. Bei den übrigen Kontrakten, die re fiunt ist die datio Hingabe schlechthin, so beim commodatum, depositum, pignus; sie besteht hier lediglich in der Übertragung der detentio bezw. beim pignus in der des juristischen Besitzes. Hier heißt es ausdrücklich: „res non ita datur, ut eius [sc. cui datur] fiat" (Inst. 3, 14, quibus modis re contrahitur obligatio.) Bei dem mutuum ist die datio eine datio im technischen Sinne, d. h. Eigentumsverschaffung. Dies ergibt sich aus l. 1 § 2 D. 44, 7 (de obligationibus et actionibus): „quas res in hoc damus, ut fiant accipientis". Daß der Empfänger der Fungibilien Eigentümer derselben werde, ist für die Entstehung des mutuum unentbehrliches Erfordernis, denn „si non fiat tuum, non nascitur obligatio" (l. 2 § 2 D. 12, 1), so daß sogar der Name „mutuum" davon abgeleitet wird, „quod de meo tuum fit" (l. eod.). Gegeben aber werden die Fungibilien, „ut quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur" (Inst. 3, 14 pr.) oder wie Gaius (l. 1 § 2 D. 44, 7) sagt: „recepturi eiusdem generis et qualitatis".

Nunmehr ist auch klar, welche Bedeutung der Konsens beim

---

[1]) Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 222 (4. Aufl.).

[2]) Förster-Eccius a. a. O.

mutuum hat, er muß sich nämlich beziehen darauf, „daß ein bestimmter Bedürftiger einem bestimmten Geber (Verschaffer) aus seinem Vermögen kraft der Hingabe bestimmter vertretbarer Sachen zur Rückgabe derselben Art und Menge verpflichtet sein soll".[3]) Im übrigen gilt für den Konsens hier, was bei allen Kontrakten gilt, z. B. daß Geschäftsunfähigkeit und Irrtum das Zustandekommen des Geschäfts ausschließt. Der Konsens muß bei der Hingabe vorhanden sein, fällt die Konsensfähigkeit vorher fort, so kommt trotz Hingabe der Sache kein mutuum zustande. Konsens und res stehen also in gegenseitiger Wechselwirkung, aber erst durch die res wird der Vertrag perfekt, erst sie macht ihn klagbar.

Hier ist gleich der verfehlten Ansicht zu begegnen, daß das Darlehn des römischen Rechts gar nicht das mutuum gewesen sei, daß letzteres vielmehr bloß ein Stück des wirklichen Darlehnsvertrags gebildet habe. Diese von Storch[4]) und Reinhold[5]) aufgestellte Behauptung beruht außer auf vollständiger Verleugnung des Quellenmaterials auf einer Verwechslung des hier erforderlichen Konsenses mit dem beim pactum de mutuo dando erforderlichen. Letzteres war auch nach römischem Recht allerdings möglich, aber nur in Form der stipulatio klagbar. Daß aber „die zur Begründung einer realen Darlehnsobligation erforderliche conventio identisch sei mit demjenigen consensus, welchen das gemeine Recht mit dem von ihm erfundenen pactum de mutuo dando zu bezeichnen beliebt habe", ist zwar von Storch[6]) behauptet, aber keineswegs bewiesen. Denn die Identität des zur Begründung des Darlehnsvertrags und des zur Begründung des pactum de mutuo dando erforderlichen Konsenses ergibt sich nicht schon daraus, daß jener Konsens schon bei der Hingabe vorhanden sein müsse. „Keinen Fortschritt bedeutet auch die Schrift von Reinhold, welcher in seiner Polemik gegen die Theorie des Realkontrakts so tut, als lehrte dieselbe, daß der Vertrag durch res ohne Konsens zustande komme."[7]) Seinen Behauptungen aber setzt Reinhold[8])

---

[3]) Huschke a. a. O. S. 25.

[4]) Storch, Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehnsvertrag S. 27 f.

[5]) Reinhold, Die Natur der sogen. Realkontrakte S. 24 f.

[6]) Storch a. a. O. S. 27.

[7]) v. Schey a. a. O. S. 43, 41.

[8]) Reinhold a. a. O. S. 31, 32.

die Krone auf mit den Worten: „Auch bei den Römern hat es keine Realverträge gegeben, weil es keine geben konnte, weil auch die sogen. Realverträge ihrer innersten Natur zufolge Konsensuale sind. Wir müssen nochmals betonen, daß die sogen. Realverträge auch bei den Römern nicht re und auch nicht consensu et re, sondern daß sie consensu und solo consensu geschlossen worden sind."

Über diese unglücklichen Versuche, an der Theorie der Realkontrakte zu rütteln, ist es nicht hinausgekommen. Vielmehr ist, wie in der ganzen Zeit der geschichtlichen Entwicklung auch heute noch allgemein anerkannt, daß das mutuum das Darlehn des römischen Rechts und daß es Realkontrakt in dem oben geschilderten Sinne war, daß die res zwingendes Erfordernis der Klagbarkeit war, und also der Vertrag erst re perfekt wurde.

§ 4.

Die Form der datio bei dem mutuum in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

Da der Empfänger Eigentümer der hingegebenen Fungibilien wurde, so wird es sich nun fragen, welche Form der Eigentumsübertragung beim mutuum zu beobachten war.

Von den möglichen Formen des Eigentumserwerbs können hier aber nur diejenigen in Betracht kommen, welche eine Handlung des Eigentümers voraussetzen. Von diesen Formen ist aber die mancipatio deshalb unbrauchbar, weil sie nur für res mancipi zugelassen ist, die in iure cessio deshalb, weil die hier in Betracht kommenden fungiblen Sachen nicht als Einzelsachen, sondern als Gattungssachen hingegeben wurden. So bleibt nur die Tradition übrig, und daß sie genügte, bezeugt Venulejus im ersten Buch seiner „stipulationes": „sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit" (l. 137 § 3 D. 45, 1 de verborum obligatione). Traditio aber ist die unmittelbare Übertragung des Besitzes. Dieser unmittelbare Übergang der Sachen aus der Hand des einen in die des anderen soll ja gerade die Bezeichnung „mutuum" veranlaßt haben.

Eigentum übertragen kann nun aber nach dem Satze: „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" nur derjenige, der selbst Eigentümer ist, und daher bestimmt auch l. 3 § 4 h. t. (de rebus

redcitis): „in mutui datione oportet dominum esse dantem. Ebenso aber, wie durch Übergabe einer Sache durch einen Nichteigentümer kein mutuum entstehen konnte, entstand ferner auf jener Entwicklungsstufe ein mutuum dann nicht, wenn jemand eine Sache einem anderen zum Verkauf gab, damit dieser den Erlös als Darlehn behalte (l. 34 pr. D. 17, 1 mandati vel contra, Africanus). Hierbei blieb die Entwicklung aber nicht stehen. So ist in l. 2 § 4 D. 12, 1 (de rebus creditis, Paulus) gestattet worden, daß Haussohn oder Sklave durch Hingabe von Pekulienmünzen den Hausherrn berechtigte, „id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet me nummi non fuerint". Auch kann der vom Eigentümer angewiesene Schuldner nunmehr durch datio den Empfänger seinem Gläubiger verpflichten, was sowohl Africanus, wie auch Ulpianus übereinstimmend annehmen, Africanus in der l. 34 pr. 17, 1: „si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat". Dagegen läßt in einem solchen Fall ein Irrtum über die Person des Kontrahenten das mutuum nicht zustande kommen, wie sich auch aus l. 32 D. 12, 1 ergibt. Dann würde aber dem, aus dessen Vermögen infolge des Irrtums der andere grundlos bereichert ist, die condictio sine causa (in diesem Fall Juventiana genannt) zustehen. Die von Afrikan bestrittene Möglichkeit, daß durch Behalten des Erlöses als Darlehn ein solches entstehe, wurde von Ulpian nicht mehr geleugnet; der Fall, den wir in l. 11 pr. D. h. t. finden, ist folgender: „Um ein Darlehn gebeten, gab der darum Ersuchte dem Bittsteller einen Klumpen Gold, damit er ihn verkaufe und das erlöste Geld als Darlehn behalte". Hier ist mutua pecunia dann als entstanden bezeichnet, wenn der Bittsteller das Gold verkauft hat. — Nach l. 2 § 3 h. t. (Paulus) war gefordert, daß die Fungibilien unmittelbar aus dem Vermögen des Darlehnsgebers herrührten, was so ausgedrückt war: „mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia". Damit ein mutuum begründet werde, müssen also die Sachen aus dem Vermögen herauskommen, das Geld muß, wie wir zu sagen pflegen, „in Umlauf kommen", und dies war eben nur möglich, wenn die Fungibilien durch traditio vom Geber an den Nehmer gelangten. Was nun die Form der datio anbelangt, so war in den bisher erwähnten Fällen das Erfordernis der res immer noch gewahrt, die realkontraktliche Natur des mutuum stand in allen zweifellos fest.

§ 5.

Die Verwandlung eines depositum in ein mutuum.

Wie verhält es sich aber dann, wenn derjenige, der Darlehnsschuldner werden soll, die Sachen, welche ihm als Darlehn übergeben werden sollen, bereits in Händen hat?

Der Begründung eines mutuum scheint hier die reale Natur desselben im Wege zu stehen. Und doch erkennt hier Afrikan wie Ulpian die Entstehung eines solchen an, wenn der zukünftige Darlehnsschuldner die Sachen bereits als Depositar detiniert. Die hier einschlagenden Quellenstellen sind folgende:

1. l. 34 D. 17, 1 (mandati vel contra), dem achten Buche der quaestiones des Afrikan entnommen,

2. l. 9 § 9 D. 12, 1 (de rebus creditis), von Ulpian aus seinem 26. Buche ad edictum.

An einen weiter unten zu besprechenden Fall, in dem er die Entstehung von pecunia credita leugnet, knüpft Afrikan folgendermaßen an:

„. . . nec huic similé esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt".

Der Fall (casus) liegt also so:

Der Depositar hatte individuell bestimmtes Geld in Verwahrung, von dem, dessen Darlehnsschuldner er werden sollte. Sie kommen nun überein, daß ersterer das deponierte Geld als Darlehn behalten solle. Die quaestio lautet: „Ist ein solches zustande gekommen?" Die decisio des Juristen bejaht diese Frage, denn, so lautet die ratio, die nummi sind ja aus dem Vermögen des Deponenten in das des Depositars gelangt. An einem proficisci pecuniam fehlt es allerdings auch hier nicht, aber wie verträgt sich eine solche Begründung mit dem Erfordernisse der res, der traditio? Der Fall liegt hier so:

Der Depositar ist durch die Hingabe der Sachen zu depositum nicht, wie der Empfänger eines Darlehns Eigentümer geworden. Es liegt hier depositum regulare, nicht, wie in einem der unten behandelten Fälle, depositum irregulare vor. Während bei letzterem schon durch Hingabe der Sachen vermöge ihrer Fungibilität dem De-

positar der Gebrauch gestattet ist, so daß er nur zur Restituierung von tantundem eiusdem generis verpflichtet ist, ist er in unserem Falle zur Rückerstattung derselben nummi verpflichtet. Daß hier auch wirklich depositum regulare vorliegt, ergeben die Worte: „quia tunc nummi, qui mei erant tui fiunt", welche sonst keinen Sinn hätten.

Mit dem Eigentümer vereinbart nun der Depositar, daß er die nummi als Darlehn behalten solle, daß er also Eigentümer und juristischer Besitzer werden solle. Eine solche Vereinbarung heißt brevi manu traditio. Sie genügte ursprünglich nicht zum Erwerb des Eigentums, wurde aber später als Surrogat der Tradition anerkannt. Sie beruhte auf der Fiktion,[1]) daß der Detentor die Sache dem Eigentümer (juristischen Besitzer) zurückgegeben und von diesem durch Tradition zu Eigentum erhalten hatte.

Wo aber immer traditio zum Eigentumserwerbe erforderlich war, genügte nunmehr die brevi manu traditio. So wird also der Depositar durch brevi manu traditio — nicht durch bloße conventio an sich — Eigentümer der Sachen. Das Erfordernis der res ist gewahrt, ein wirkliches mutuum auch hier zustande gekommen.

Der zweite, von Ulpian herrührende Fall wird unter Zugrundelegung eines ähnlichen Sachverhalts in l. 9 § 9 D. 12, 1 ebenso entschieden:

„deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici."

Auch diesem Tatbestand liegt ein depositum zugrunde, ob ein regulare oder irregulare, ist ausdrücklich nicht gesagt. Aber der Wortlaut der Stelle verrät, daß auch hier das erstere gemeint ist. Die Gebrauchserlaubnis ist hier ausdrücklich erst postea gegeben; von da an hat er, qui mutuum rogavit, den animus possidendi. Bis zu diesem Augenblicke ist er also zur Rückgabe der individuell bestimmten decem verpflichtet. Die Erlaubnis, die decem für sich zu gebrauchen, verändert den Charakter des Rechtsgeschäfts, das erst nur den Vorteil des Deponenten bezweckte; zugleich schließt sie die Über-

[1]) Wendt, Das allgem. Anweisungsrecht S. 31.

tragung des Eigentums in sich. Da der Depositar infolge der conventio, die decem als Darlehn zu behalten, den animus possidendi hat, geht auch hier die datio durch brevi manu traditio vor sich. Die decem scheiden damit aus dem Vermögen des Deponenten aus und gehen in das des Depositars über. Auch hier ist die Konstruktion die[2]): Der Detentor (Depositar) gibt die dem juristischen Besitzer (Deponenten) geschuldeten decem zurück, bringt also durch solutio das depositum zum Erlöschen, darauf übergibt der frühere Deponent als Eigentümer dem früheren Depositar dieselben Sachen als Darlehn, so daß dieser Eigentümer und juristischer Besitzer derselben wird. Aus dieser Konstruktion ergibt sich mit Folgerichtigkeit, daß, da das depositum erloschen ist, nunmehr auch die actio depositi zessiert, ist doch auch logisch schon das Nebeneinanderbestehen von depositum und mutuum undenkbar, denn[3]) „aliud est credere, aliud deponere; die Verpflichtung des Depositars geht auf Rückgabe derselben Spezies, der deponierten decem, die des Darlehnsschuldners auf Rückgabe der gleichen Summe." Wäre ein Nebeneinanderbestehen von depositum und mutuum zulässig, so wäre ja ein depositum an der eigenen Sache möglich, was in l. 15 D. 16, 3 (depositi vel contra) und l. 45 D. 50, 17 (de diversis regulis iuris) ausdrücklich verboten ist.

Die erste lex lautet:

„qui rem suam deponi apud se patitur, nec depositi actione tenetur", die zweite:

„nec depositum suae rei consistere potest".

Der hier ausgeführten Ansicht sind auch die Basiliken XXIII, I XV, 5), welche in solchem Fall von transformatio sprechen. Neben der hier von Ulpian zugebilligten condictio, die an die Stelle der actio depositi tritt, will aber Heimbach,[4]) trotz der ausgeführten Unmöglichkeit, die Klage aus dem depositum bestehen lassen. „Der Depositalbegriff bleibt vielmehr auch fernerhin bestehen und wirkt, was er seiner Natur nach überhaupt wirken kann, z. B. Zinsen." Bei der Ansicht Heimbachs könnte man allerdings von Verwandlung ebensowenig sprechen, wie von Novation, wenn die stipulatio die alte

---

[2]) Salkowski a. a. O. S. 51.
[3]) Salkowski a. a. O. S. 51.
[4]) Heimbach a. a. O. S. 435.

Schuld bestehen läßt. Seine Ansicht stützt Heimbach auf l. 29 § 1 D. 16, 3 (depositi vel contra):

„si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit. si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur" (Paulus).

Der Irrtum, in dem sich Heimbach befindet, beruht in einer Verwechselung von depositum irregulare und mutuum, und damit stürzt auch seine scheinbar unumstößliche Begründung zusammen. In dem Falle der l. 9 § 9 D. 12, 1 ist allerdings wie im vorliegenden die Übereinkunft, der Depositar könne das Geld gebrauchen, postea getroffen worden. Auch hier, wie in jenem Falle, ist das ursprüngliche Rechtsgeschäft depositum regulare; denn das übergebene Geld ist hier versiegelt übergeben worden, was im zweiten Satz der lex zwar nicht ausdrücklich gesagt ist, sich aber aus der Parallele mit dem ersten Satze mit Sicherheit schließen läßt. Der Unterschied des dem ersten Satz zugrunde liegenden Tatbestandes soll sich gerade von dem des zweiten bloß dadurch unterscheiden, daß im ersten Falle der Schuldner das Geld invito creditore gebraucht, im zweiten ex permissu. Daß hierbei die Parteien davon ausgegangen seien, ein mutuum zu begründen, sagt der gegebene Tatbestand überhaupt nicht. Die Erlaubnis, in der versiegelten Rolle enthaltenes Geld zu gebrauchen, kann vielmehr nur die Bedeutung haben, daß das ursprüngliche depositum einer Geldrolle, ein depositum regulare, zum depositum einer Geldsumme, einem depositum irregulare, gemacht wird; so daß also nicht Verwandlung eines depositum regulare in ein mutuum, sondern in ein depositum irregulare vorliegt, was Schmid[5]) so ausdrückt: „daß der an sich fungiblen, aber in den Zustand einer speziell bestimmten versetzten Sache dadurch die Eigenschaft der Fungibilität unbeschränkt wiedergegeben wird, das depositum von diesem Zeitpunkt an fungible Sachen zu seinem Gegenstande hat."

Die hier geschlossene Vereinbarung unterscheidet sich von der der l. 9 § 9 D. 12, 1 nur dadurch, daß im letzten Fall die Gebrauchsüberlassung zugunsten des Empfängers geschieht, also ein mutuum

[5]) Schmid im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 30 S. 94.

begründet, im Fall der l. 29 D. 16, 3 zugunsten des Deponenten, also ein depositum irregulare entsteht. Daher steht dem Deponenten auch nach wie vor die actio depositi zu, mit der, wie bei allen bonae fidei negotia auch Zinsen eingeklagt werden können. Allerdings hat das depositum irregulare mit dem mutuum große Ähnlichkeit, weshalb auch Paulus (Collat. X, 7, 9) sagt: „Si pecuniam deposuero eamque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita ac per hoc periculo tuo erit".

Unmöglich aber ist die Erklärung Huschkes,[6]) daß es in Satz 2 der lex heißen müsse: „impermissu". Abgesehen davon, daß dies schon aus sprachlichen Gründen nicht angeht — das Substantiv impermissus existiert überhaupt nicht — es gäbe auch keinen Sinn.

Anders als in diesen beiden Fragmenten von Afrikan und Ulpian lautet dann die Entscheidung, wenn der Depositar nicht postea, sondern ab initio die Erlaubnis erhalten hatte, das Geld zu gebrauchen. Die hier einschlägigen Quellenstellen sind: l. 1 § 34 D. 16, 3 (depositi vel contra) und l. 10. D. 12, 1 (de rebus creditis), beide von Ulpian.

1. l. 1 § 34 D. 16, 3:

> „si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris, prius quam utaris depositi teneberis."

2. l. 10 D. 12, 1:

> „quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum."

Hier ist also bestimmt, daß, wenn die Gebrauchserlaubnis bei Hingabe der Sache zu depositum schon vom Deponenten gegeben ist, das Darlehn nicht schon in jenem Augenblicke entsteht. Dies kann aber auch gar nicht anders sein. Denn die zur brevi manu traditio erforderliche Vereinbarung ist in jenem Zeitpunkte noch gar nicht vorhanden, ist vielmehr abhängig gemacht vom Eintritt der Bedingung „si voles" bezw. „si volueris". Diese hat den Charakter einer

---

[6]) Huschke in der Zeitschr. für Zivilrecht und -prozeß Bd. 2 (n. F.). S. 151; dagegen Emmerich in derselben Zeitschr. Bd. 18 S. 118.

Potestativbedingung. Derselben Ansicht ist Huschke,[7]) während Schmid behauptet, in dem permissus liege das Anerbieten einer Novation, das der Depositar durch den Gebrauch annähme. Dies ist um deswillen nicht zutreffend, weil die Umwandlung eines depositum in ein mutuum eben keine Novation, sondern ein von dieser verschiedenes Rechtsinstitut ist, worüber weiter unten (§ 8) noch ausführlicher zu handeln sein wird. Bis diese Bedingung erfüllt ist, hat aber der Deponent das Recht, die hingegebenen Sachen jederzeit zurückzuverlangen. Gebunden ist er eben erst dann, wenn der Depositar durch uti die Bedingung erfüllt, und damit aus dem erst einseitigen permissus durch brevi manu traditio der Darlehnsvertrag entsteht. Von diesem Zeitpunkt an zessiert, wie im Beispiel der l. 34 pr. D. 17, 1 und l. 9 § 9 D. 12, 1 die actio depositi, und die condictio certi tritt an ihre Stelle. Erst in diesem Moment geht auch die Gefahr auf den Depositar über, während dies in den obigen Fällen bereits mit der Erlaubnis eintritt. Ebenso ist es, wenn eine andere Bedingung zur Entstehung des Darlehns erforderlich ist, so im Falle der l. 4 pr. D. 12, 1 (Ulpianus):

„si quis nec causam nec propositum faenerondi habuerit et tu emturus praedia desideraveris, mutuam pecuniam nec volueris creditae nomine ante quam emisses suscipere atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eaudem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit nam et qui rem vendendam acceperit, ut praedio uteretur, periculo suo rem habebit."

Hier entsteht sofort durch die Hingabe des Geldes ein depositum irregulare. Die Tragung des periculum hat daher der Depositar von Anfang an, wie wenn eine Sache zum Verkauf gegeben wird, damit der Darlehnssucher den Erlös als Darlehn behalte. Der Darlehnsvertrag aber ist dann perfekt geworden, wenn der Depositar das Grundstück gekauft hat; bis dahin haftet er noch aus dem depositum mit der actio depositi. Ob wir es hier mit einer Bedingung oder Befristung zu tun haben, könnte zweifelhaft sein, ist aber für die

---

[7]) Huschke, Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehn S. 59; Schmid a. a. O. S. 93.

Entscheidung des Falles gleichgültig. Die richtige Ansicht ist wohl die Huschkes,[8]) welcher von einer „zum voraus gesetzten Bedingung" spricht. Dies erscheint deshalb zutreffend, weil das Entstehen des Darlehns von dem zukünftigen ungewissen, im Belieben des Depositars liegenden Umstand „si emisses", abhängig gemacht ist. Wir haben es also auch hier mit einer Potestativbedingung zu tun.

Die bisher geschilderten Fälle waren derartig, daß, nicht wie ursprünglich, wirkliche Übergabe erforderlich war, sondern die brevi manu traditio das Darlehn begründete. Wir haben hier den Tatbestand der Verwandlung einer Schuld in eine Darlehnsschuld zum ersten Male vor uns. Allerdings erwähnen die Quellen nur, daß ein depositum, sei es regulär oder irregulär, auf diese Weise in ein Darlehn verwandelt werden kann. Doch kann es nicht zweifelhaft sein, daß dies nur ein Beispiel dafür ist, daß immer, wo brevi manu traditio möglich ist, die Verwandlung zulässig ist. Denn wir haben gesehen, daß auch bei der brevi manu traditio das Erfordernis der res gewahrt ist, daß also die erwähnten Fälle, die die Verwandlung eines depositum zum Gegenstand hatten, noch keine Abweichung von der Regel „re contrahitur" bedeuten, sondern nur eine der Einführung der Besitzübertragung durch brevi manu traditio parallel laufenden und erst durch sie ermöglichten Fortschritt in der Entwicklung des Darlehns. Ist aber die brevi manu traditio einmal als Möglichkeit des Eigentumserwerbes zugelassen, so ist sie damit auch als Form der datio anerkannt, und so kann immer, wo brevi manu traditio möglich ist, ein wirkliches Darlehn zustande kommen. Dasselbe, was beim depositum gilt, muß daher auch dann gelten, wenn der Schuldner aus einem anderen Kontrakte Fungibilien des Gläubigers in Detention hat, wenn also z. B. der Mandatar dem Mandanten gehöriges Geld getrennt von seinem eigenen in einem besonderen Kasten aufbewahrt. Hier kann, da der Mandatar (procurator) Detentor, der Mandant juristischer Besitzer ist, ebenfalls durch brevi manu traditio, wie im Falle des depositum ein Darlehn entstehen.

Das Resultat, zu dem wir nunmehr gelangt sind, ist also: Die Verwandlung einer Schuld in ein wirkliches mutuum ist nach römischem Recht dann schlechthin möglich, wenn der zukünftige Dar-

[8]) Huschke a. a. O. S. 59.

lehnsnehmer bereits vertretbare Sachen des Darlehnsgebers, getrennt von seinen eigenen in Detention hat. Die Verwandlung geschieht in solchem Falle durch datio in Form der brevi manu traditio, das Erfordernis der res ist auch hier vorhanden.

§ 6.

Die Verwandlung einer Schuld beliebigen Ursprungs in eine Darlehnsschuld.

Nun wird sich die Frage aufwerfen, ob das römische Recht auf dieser Entwicklungsstufe stehen geblieben ist, oder ob es auch die Verwandlung jeder anderen Schuld, z. B. einer Mandats-, Kauf-, Miets-schuld in eine Darlehnsschuld zugelassen hat. Einer solchen Möglichkeit scheint allerdings die Natur das mutuum als Realkontrakt im Wege zu stehen, und an einem proficisci pecuniam fehlt es in einem solchen Falle ganz, da derjenige, der Darlehnsschuldner werden soll, ja bereits Eigentümer ist. Infolgedessen leugnet denn auch Afrikan libro octavo quaestionum eine solche Möglichkeit; es heißt in der betr. Pandekten-stelle (l. 34 pr. D. 17, 1):

„qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse."

Der vorliegende Fall ist also folgender: Der Mandatar des Lucius Titius, welcher von dessen Schuldnern Geld eingetrieben hatte, teilt seinem Mandanten mit, daß er diese bestimmte Summe bei sich habe und ihm als Darlehn (credita pecunia) mit 6% Zinsen schulden will. Die quaestio lautet: „Entsteht pecunia credita und können Zinsen eingeklagt werden?" Die decisio geht dahin: „Es entsteht keine pecunia credita und demnach auch nicht die condictio certi, sondern die actio mandati bleibt bestehen." Als Entscheidungs-

grund (ratio) wird angegeben: „credita pecunia kann nicht nuda pactione entstehn."

Der gegebene Tatbestand kann auf große Klarheit keinen Anspruch erheben, er läßt uns gerade über wesentliche Punkte im Zweifel und hat daher zu Irrtümern mannigfache Veranlassung gegeben. Zunächst ist hier zu supponieren, daß der Mandatar Eigentümer des eingetriebenen Geldes geworden ist, gleichgültig auf welche Weise. Römer[1]) führt — allerdings mit Beziehung auf l. 15 D. 12, 1 — zwei Möglichkeiten für diesen Eigentumserwerb an, der Mandatar könne nämlich Eigentümer geworden sein: „Entweder durch sogen. Kommixtion, oder indem die Schuldner auf ihn, den Mandatar, das Eigentum übertragen, und er es erwerben wollte." Dagegen ist es ausgeschlossen, daß der Mandatar für den Mandanten Eigentum erworben hat, also bloßer Detentor, der Mandant juristischer Besitzer geworden wäre. Dann hätte der Begründung eines wirklichen Darlehns auch Afrikan keine Bedenken entgegensetzen können, da ja, wie wir oben gesehen, zu seiner Zeit die Entwicklung der datio bereits auf dem Punkte angelangt war, daß sie nicht mehr bloß in Form der traditio geschehen konnte, sondern auch in Form der brevi manu traditio; und letztere wäre ja dann möglich gewesen. Jedenfalls scheint schon zu Afrikans Zeiten der Versuch gemacht worden zu sein, auf diese Weise eine beliebige Schuld in eine Darlehnsschuld umzuwandeln, da sonst zu jener Entscheidung keine Veranlassung gewesen wäre. Aber mit „echt römischer Entrüstung"[2]) weist er eine solche Möglichkeit von der Hand, die nach seiner Meinung einen völligen Bruch mit dem römischen Kontraktssystem bedeutet hätte, da ja die nuda pactio sich bis dahin noch keiner Klagbarkeit erfreute. Ungefähr zwei Menschenalter später entschied Ulpian im 31. Buche ad edictum (l. 15 D. 12, 1) einen Fall, dem ebenfalls ein Mandat zugrunde liegt, und der dem Afrikans schon auf den ersten Blick nicht unähnlich zu sein scheint, in folgender Weise:

„singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam, nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in

---

[1]) Römer, Die bedingte Novation S. 9.

[2]) Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 2 S. 426.

duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta."

Der hier gegebene Tatbestand (casus) ist also der: Der aus Mandat eine Summe schuldende procurator kommt mit seinem Mandanten überein, daß er das geschuldete Geld als Darlehn behalte. Die quaestio lautet: „Entsteht ein creditum?" Die decisio bejaht diese Frage. Die Begründung (ratio) erscheint auf den ersten Blick mindestens als merkwürdig. Sie geht dahin: „Das, was bei zwei Personen Rechtens ist, muß auch gelten, wenn beide in eine Person zusammenfallen. Da nun ein creditum entsteht, wenn ich meinen Schuldner anweise, einem andern zu zahlen, muß es ebenfalls entstehen, wenn ich mit ihm übereinkomme, daß er es als Darlehn behalte, da ja dann das Geld auch in Umlauf gekommen zu sein scheint, wie im ersten Falle." — Diese ganze Beweisführung ist nicht einwandsfrei. Denn, während dann, wenn der Gläubiger seinen Schuldner anweist, das Geld an einen Dritten auszuzahlen, der letztere Eigentümer von ihm bis dahin noch nicht gehörigem Gelde wird, bleibt im zweiten Falle der Mandatar Eigentümer; ein Eigentumswechsel tritt hier also überhaupt nicht ein. Die Möglichkeit der Begründung eines Darlehns durch Anweisung erkennt allerdings auch schon Afrikan (l. 34 pr. D. 17, 1) an, und auf dessen Worte scheint auch gerade Ulpian Bezug zu nehmen, wenn er diesen Fall, den Afrikan als benigne receptum bezeichnet, eine bereits allgemein rezipierte Singularität benennt.

In der Glossa ad legem 15 D. 12, 1 werden singularia quaedam allerdings erklärt als: „id est quaedam specialia servantur in causa pecuniae creditae, quae non servantur in aliis contractibus", und als solche Besonderheiten acht aufgeführt.

Allein, diese singularia quaedam sind Abweichungen von der ursprünglich erforderlichen res im strengsten Sinne, und als neue derartige Besonderheit kündigt Ulpian eben den zweiten Fall an. Auch der von Ulpian gegebene Tatbestand ist lückenhaft und hat zu zahlreichen Kontroversen Veranlassung gegeben.

Schon bei den Worten „ex causa mandati" erhebt sich der Streit. Zunächst ist aber auch hier klar, daß der Mandatar nicht

bloßer Detentor individuell bestimmter, dem Mandanten gehöriger Geldstücke ist; er ist vielmehr selbst Eigentümer und schuldet nur eine bestimmte Geldsumme, sonst wäre ja datio in Form der brevi manu traditio möglich, und eine Besonderheit dann gar nicht vorhanden. Auch sagt Ulpian in Abs. 1 des Fragments ausdrücklich: „quamvis meos nummos non acceperis, tamen mutuum fieri.“ Die Anknüpfung des Abs. 2 mit „quod igitur“ läßt darauf schließen, daß auch hier das nämliche Sachverhältnis supponiert werden soll.

Völlig verfehlt ist daher die Ansicht von Göschen,[3]) welcher annimmt, daß der Mandatar in l. 15 D. 12, 1 das Geld dem Mandanten erworben hat und selbst bloßer Detentor ist. Derselben falschen Ansicht huldigt aber auch Hruza.[4])

Ist aber der Mandatar Eigentümer der geschuldeten Summe, so ist wiederum möglich: entweder

1. der Mandatar hat das Geld für den Mandanten einkassiert und ist auf eine der schon besprochenen Arten Eigentümer geworden. Dies war das der l. 34 pr. D. 17, 1 zugrunde liegende Sachverhältnis oder

2. er ist überhaupt dem Mandanten aus dem Mandat eine Summe Geldes schuldig geworden.

Welcher von beiden Tatbeständen der l. 15 D. 12, 1 zugrunde liegt, ist bestritten. Die herrschende Meinung vertritt den zweiten, so Puchta, Arndts, v. Vangerow, v. Salpius, Salkowski, Bähr, Brinz (in der 2. Aufl. seines bereits zitierten Lehrbuchs), Windscheid.

Die Begründung der ersten Ansicht, der z. B. Römer huldigt, erscheint aber nicht stichhaltig. So wendet sich Römer[5]) gegen Bähr, dessen Meinung er für Irrtum hält. „Das nächstliegende ist sicherlich die Verpflichtung des Mandatars zur Zahlung einer bestimmten Summe aus der Einkassierung von Geldern des Mandanten, sodann spricht für die Supposition dieses Falles in l. 15 der erste Teil dieser Stelle, welche den Fall behandelt, da ich meinen Schuldner anweise, dir Geld zu geben, also einen Fall, da der Schuldner das Eigentum am Geld von einem Dritten, aber auf Rechnung des Gläubigers erwirbt.“

[3]) Göschen, Vorlesungen Bd. 2 § 474.

[4]) Hruza, Die Lehre von der Novation S. 35, 16.

[5]) Römer a. a. O. S. 13.

Die Widerlegung vorstehender Ausführungen ergibt sich zum Teil bereits aus dem oben Gesagten. Außerdem aber spricht ja Ulpian von einkassiertem Gelde mit keinem Worte, sondern überhaupt von Geld, das „ex causa mandati" geschuldet wird. Ulpian erkennt somit die Möglichkeit der Verwandlung jeder beliebigen Mandatsschuld in eine Darlehnsschuld an, wenn beide Teile übereinkommen, daß der Mandatar das geschuldete Geld crediti nomine retineat. Hierin aber liegt, wie der Jurist auch selbst zugibt, eine doppelte Fiktion:

1. einmal wird fingiert, daß der Mandatar das geschuldete Geld an den Mandanten zurückgezahlt habe.

2. andererseits, daß der Mandant darauf das Geld an den Mandatar zurückgezahlt hat.

Im ersten Fall erlischt durch solutio das mandatum, die actio mandati zessiert; durch datio wird aber andererseits das mutuum begründet, und damit die condictio certi.

Vielfach, so namentlich von Huschke,[6]) wird nun behauptet, in der Vereinbarung des Mandanten mit dem Mandatar läge ein constitutum possessorium mit darauffolgender brevi manu traditio. Durch ersteres sei der bisherige juristische Besitzer, der Mandatar, Detentor, durch letztere der Mandatar wieder juristischer Besitzer geworden. Diese Ansicht ist jedenfalls dann zutreffend, wenn der Mandatar das geschuldete Geld zwar als sein Eigentum, aber von seinem übrigen Vermögen getrennt aufbewahrt, z. B. in einem Geldbeutel, und zur Abgabe an den Mandanten bereit hält. Wäre das Geld nicht gesondert, so wäre constitutum possessorium und brevi manu traditio ausgeschlossen. So supponiert denn auch Huschke das hier angedeutete Sachverhältnis. Dann käme aber das Darlehn durch wirkliche datio zustande. Es läge aber kein Fall vor, der Anspruch darauf erheben könnte, zu den singularia quaedam gerechnet zu werden. Die Möglichkeit der Begründung eines Darlehns durch brevi manu traditio hat ja auch bereits Afrikan für zulässig erklärt. So muß denn auch Huschke [7]) selbst zugeben, daß die von Ulpian auf-

---

[6]) Huschke a. a. O. S. 63.
[7]) Huschke a. a. O. S. 66.

gestellten Sätze dann „singularia streng genommen nicht sind“. Die Unrichtigkeit der Anschauung Huschkes ergibt sich schon aus der Ausdrucksweise des Ulpianschen Fragmentes. Legt doch der Jurist seiner Entscheidung gerade den Fall zugrunde, daß ein Schuldner von seinem Gläubiger zur Zahlung einer bestimmten Summe an einen Dritten beauftragt wird, ein Fall, in dem die geschuldete Summe sich sicherlich in gesonderter Aufbewahrung befindet. Als besonders schwer fällt auch ins Gewicht, daß Ulpian nicht sagt: „pecunia data est et profecta“, sondern nur „ut videatur“, daß er sich also wohl bewußt ist, daß eine datio in Wirklichkeit gar nicht stattfindet. Huschke sucht sich über diese Bedenken hinwegzusetzen, indem er seiner Ansicht zuliebe die Begründung Ulpians für eine verfehlte erklärt. Daß hier eine solche ausgeschlossen ist, leuchtet schon deshalb ein, weil es dem Juristen wohl sonst nicht hätte einfallen können, durch eine geschraubte Beweisführung und zwei Fiktionen das Erfordernis der datio als gewahrt erscheinen zu lassen.

So erkennt also Ulpian die Möglichkeit der Verwandlung einer beliebigen Mandatsschuld in eine Darlehensschuld an. Aber nicht als nuda pactione entstanden sieht er das creditum an, sondern eben durch die damit verbundene, allerdings fingierte datio: denn ohne datio ist das Zustandekommen eines Darlehns schlechterdings ausgeschlossen.

Fraglich wird nun aber erscheinen, ob, wie dies in den im § 5 ausgeführten Fällen bei dem depositum der Fall war, auch hier das Mandat nur als Beispiel angeführt ist, so daß also die Verwandlung einer beliebigen Schuld in eine Darlehnsschuld möglich wäre, oder aber, ob Ulpian die Möglichkeit einer solchen Verwandlung auf das Mandat hat beschränken wollen. Diejenigen, welche die oben bekämpfte Ansicht von Göschen und Hruza vertreten, daß der Mandatar einkassiertes, aber dem Mandanten gehöriges Geld in Händen habe, müssen konsequent das letztere annehmen. Aber auch diejenigen, welche mit Huschke annehmen, daß der Mandatar einkassiertes, ihm gehöriges, aber von seinem übrigen Vermögen getrenntes Geld aus der Einkassierung in Händen habe, müssen die Ausdehnung von l. 15 D. 12, 1 auf Schulden ex omni contractu leugnen. Ziehen wir aber die Konsequenzen aus der von uns vertretenen Ansicht, so läßt sich füglich kein anderes Resultat denken, als dies, daß Ulpian die

Möglichkeit der Verwandlung einer Schuld beliebigen Ursprungs anerkannt hat, und zwar auf dem Wege der fingierten datio.

Denn, wenn er den gewagten Schritt tut und jeder Mandatsschuld die Fähigkeit, in eine Darlehnsschuld überzugehen, zuschreibt, so liegt kein Bedenken vor, dasselbe anzunehmen, wenn der zugrunde liegende Tatbestand nur derselbe wie in l. 15 D. 12,1 ist. Das ist aber immer dann der Fall, wenn irgend jemand einem andern eine Summe Geldes aus irgend einem Kontrakte schuldig geworden ist. So führt auch Salkowski[8]) folgendes aus: „Ob ich eine Summe ex emto oder ex mandato schulde, ist juristisch, soweit es sich um den Begriff des debere handelt, völlig gleichgültig. Debitum bleibt debitum, und das für den Mandanten vereinnahmte Geld schmeckt, vorausgesetzt natürlich, daß es durch die Einkassierung nicht gleich direkt ins Vermögen des Mandanten übergegangen ist, um nichts mehr nach dem Eigentum oder Vermögen des Mandanten als der geschuldete Kaufpreis nach dem des Verkäufers. Die eine, wie die andere Summe wird nur ex obligatione geschuldet, ohne daß jemals der Darlehnsgeber daran Eigentum besessen hätte."

Ulpian erwähnt aber diese neu eingeführte Singularität noch an einer andern Stelle, nämlich in l. 3 § 3 D. 14, 6 (de senatus consulto Macedoniano):

„is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem."

Hier muß Hruza, um seiner oben von uns bekämpften Ansicht treu zu bleiben, die Worte „licet coeperit esse" allein auf „etsi stipulatus sim" beziehen. Dies ist aber nicht nur „völlig unbegreif-

[8]) Salkowski a. a. O. S. 61.

lich",[9]) sondern überhaupt unmöglich. Denn dann käme ja der Sinn heraus, daß durch stipulatio mutua pecunia entstehen könnte; dies ist aber ausgeschlossen; denn, wie oben ausgeführt, kann ein mutuum (creditum im engeren Sinne) nur durch datio entstehen, wenn auch durch fingierte. Richtig bemerkt hierzu v. Salpius[10]): „Durch Stipulation konnte man einer Schuld zwar den Charakter eines creditum, (sc. im weiteren Sinne) aber nicht eines mutuum geben."

Bei dieser Interpretation ist der richtige Sinn der Stelle folgender: Nur derjenige verstößt gegen das Senatuskonsultum Mazedonianum, der dem filius familias durch wirkliche datio Geld als mutua pecunia überläßt, nicht derjenige, der mit dem debitor übereinkommt, daß er schon aus Kauf, Miete oder einem anderen Kontrakte geschuldetes Geld als Darlehn behalten könne. Mag in solchem Falle immerhin ein wirkliches mutuum entstanden sein — ob es sich der Gläubiger durch Stipulation hat versprechen lassen oder nicht, ist gleichgültig — das senatus consultum findet trotzdem keine Anwendung, es sei denn, daß jene Übereinkunft in fraudem legis geschlossen ist.[11])

Deutlicher als hier kann die Möglichkeit der Verwandlung einer jeden Schuld in eine Darlehnsschuld doch kaum ausgesprochen sein.

§ 7.

a) Der Widerspruch zwischen l. 34 D. 17, 1 und l. 15 D. 12, 1. b) Die Entscheidung des Streites durch Justinian.

a) Vergleichen wir diese beiden Entscheidungen Ulpians mit der bereits oben zitierten l. 34 D. 18, 1 von Africanus, so zeigt es sich, daß beide im schroffsten Widerspruch zueinander stehen. Ulpian hat die Möglichkeit der Verwandlung einer jeden Schuld in eine Darlehnsschuld anerkannt, Africanus aber eine derartige Möglichkeit schlechthin geleugnet. Er hatte sich noch nicht zu der Auffassung aufschwingen können, daß in der conventio, ut crediti nomine pecuniam debitam

[9]) Salkowski a. a. O. S. 57, 61.

[10]) v. Salpius, Novation und Delegation nach römischen Recht S. 325.

[11]) vgl. Salkowski a. a. O. S. 58.

retineas, mehr lag, als ein „simpler Vertrag",[1]) daß also das Darlehn in Wirklichkeit nicht nuda pactione, sondern durch fingierte datio zustande kam. Erst Ulpian war es vorbehalten, den Schlußstein dieser Entwicklung zu setzen, die im Interesse des Verkehrs wegen der „celeritas coniungendarum actionum" eine freiere Auffassung der res möglich gemacht hätte. Dem Verkehr die Umständlichkeit des Hin- und Herzahlens zu ersparen, hatte Afrikan als mit der Natur des Mutuum nicht vereinbar gehalten, „alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione creditum fieri posse". Wir haben es hier also mit einer Antinomie zu tun, welche trotz ausdrücklicher Versicherung Justinians in Constitutio Tanta l. 2 § 15 C. 1, 17, daß Irrtümer in seinem Gesetzgebungswerke sich nicht finden, mit untergelaufen ist. Als Beispiel derartiger Widersprüche sei hier nur der schon oben erwähnte contractus mohatrae genannt, ein Fall, in dem Afrikan das Zustandekommen eines Darlehns leugnet, Ulpian aber nicht. Trotzdem nach obigen Ausführungen die Vereinigung der beiden Fragmente als unmöglich erscheint, ist in älterer und neuerer Zeit vielfach der Versuch gemacht worden, den nicht zu leugnenden Widerspruch als einen nur scheinbaren hinzustellen. Die älteren Vereinigungsversuche sind bei Glück („Ausführliche Erläuterungen der Pandekten" Bd. 12 S. 14 f.) eingehend erörtert.

Es mögen hier noch einige andere hinzugefügt werden. Am meisten verunglückt ist jedenfalls der Vereinigungsversuch, den Lycklama[2]) vorschlägt. Er supponiert, daß in l. 34 D. 17, 1 das Geld noch gar nicht einkassiert worden ist, so daß, da weder Mandant noch Mandatar Eigentümer ist, weder constitutum possessorium noch brevi manu traditio angenommen werden könnte. Die Unrichtigkeit von Lycklamas Ansicht zeigt der Wortlaut des Fragments. Auch kannte nach seiner Ansicht Afrikan den Rechtssatz Ulpians (!).

Cocceji[3]) geht von der unhaltbaren Meinung aus, daß, während Afrikanus von Verwandlung nuda pactione spreche, Ulpian Novation durch Stipulation meine. Dabei hat er übersehen, daß die Begründung eines mutuum durch stipulatio unmöglich ist. Außerdem spricht die l. 15 D. 12, 1 von Novation mit keiner Silbe.

---

[1]) Heimbach a. a. O. S. 429.

[2]) Lycklama, membran. lib. II cap. 1, zitert bei Salkowski a. a. O. S. 56.

[3]) Schubart, De mutuo brevi manu contrahendo, Diss. Berol., 1868.

Neuerdings hat Huschke[4]) die beiden Stellen dahin zu vereinigen gesucht, daß nach seiner Annahme der Mandatar für den Mandanten einkassiertes Geld zur Zahlung an diesen bereit und von seinem eigenen Vermögen gesondert halte. Sonach läge hier der Regelfall vor, daß das Darlehn durch wirkliche datio in Form der brevi manu traditio zustande gekommen wäre. Diese Ansicht ist bereits oben als unzutreffend widerlegt.

---

b) Da der Widerspruch zwischen Africanus und Ulpianus nicht zu beseitigen ist, so wird sich nun weiter fragen, welche Meinung als für das justinianische Recht maßgebend anzusehen ist.

Zunächst könnte man sagen, daß Ulpians Meinung deshalb maßgebend sei, weil nach der Regel: lex posterior derogat priori, die ältere von Afrikan statuierte Rechtsnorm durch die jüngere von Ulpian aufgehoben sei. Vom Standpunkt dieser Auffassung, der auch außer Cuiacius noch von Savigny[5]) folgt, ist die l. 34 D. 17, 1 bloß „historisches Material, wodurch die allmähliche Ausbildung dieses Rechtssatzes erkennbar wird". Ferner aber wird man auch dem Umstande Rechnung zu tragen haben, daß die von Ulpian vertretene Ansicht im corpus iuris civilis die Stellung im 1. Titel des 12. Buches der Digesten erhalten hat, welcher das Darlehn ex professo behandelt, während der von Africanus aufgestellte Rechtssatz im 1. Titel des 17. Buches untergebracht ist, wo ex professo nicht vom mutuum, sondern vom mandatum gehandelt wird.

Auch aus diesem Grunde ist anzunehmen, daß die Meinung des Ulpian die für das justinianische Recht geltende ist.

Hiergegen spricht auch nicht das Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian, welches als constitutio im 2. Titel des 4. Buches des Codex aufgenommen gegen die von uns hier vertretene Ansicht ins Treffen geführt wird:

„si ex pretio debitae quantitatis facta novatione per stipulationem usuras licitas contra quem supplicas stipulatus es, falsa mutuae datae quantitatis demonstratio praemissa, cum

---

[4]) Huschke a. a. O. S. 57 f.

[5]) v. Savigny, System des römischen Rechts Bd. 1 S. 281.

obligationis substantia non defecerit, quominus usque admodum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. — si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est, et eius praestari foenus convenit, simulatis pro infectis habitis huius modi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione."

Der dem Reskript zugrunde liegende Sachverhalt ist nach den Basiliken[6]) folgender: „Dem Verkäufer Nikander war jemand aus einem Kaufvertrag Geld schuldig geworden. Beide kommen überein, daß dasselbe als verzinsliches Darlehn beim Käufer stehen bleiben solle. Der letztere hatte das Kapital als Darlehn empfangen zu haben bekannt und sich zugleich verpflichtet, Zinsen zu zahlen. Er fragt nun an, ob diese Vereinbarung rechtsgültig sei." Die Kaiser reskribieren hierauf, daß der vorliegende Tatbestand nur unter einer doppelten Voraussetzung beantwortet werden könne. Es sei hier nämlich zweierlei möglich:

1. Der Verkäufer hat sich die Kaufgeldsumme nebst Zinsen novandi causa durch Stipulation versprechen lassen, aber in der aufgenommenen Stipulationsurkunde, der cautio, die Schuld fälschlich statt als Kauf- als Darlehnsschuld bezeichnet, oder aber:

2. Die Parteien haben durch nuda pactio vereinbart, das Kaufgeld solle als verzinsliches Darlehn geschuldet werden, dann ist keine cautio, sondern ein einfacher Schuldschein ausgestellt worden.

Die decisio lautet verschieden, je nachdem die erste oder zweite Voraussetzung zutrifft:

1. Im ersten Falle nämlich soll die falsche Bezeichnung der Schuld ex emto als Schuld ex mutuo nichts schaden; als Entscheidungsgrund wird angegeben, daß es ja dann an der substantia obligationis nicht fehle. Denn bei der Novation genügt es überhaupt, daß eine Schuld vorhanden ist, sei sie civiliter oder naturaliter geschuldet (l. 1 § 1 D. 46, 2 de novationibus et delegationibus), einer neuen causa bedarf es nicht, da die Novation dieselbe in sich trägt.[7])

---

[6]) Basiliken XXIII, I, 50; v. Salpius a. a. O. S. 334.

[7]) vgl. Gneist a. a O. S. 148.

2. Anders lautet die decisio im zweiten Fall, wo keine stipulatio abgeschlossen ist. Hier hat die bloße conventio an der ersten obligatio nichts geändert. Als Entscheidungsgrund ist angegeben: „simulatis pro infectis habitis“ (da ein Scheingeschäft nichtig ist).

Auf den ersten Blick sollte man meinen, daß hiermit die Ansicht Ulpians, daß Schulden ex omni contractu in Darlehnsschulden umgewandelt werden können, fallen gelassen ist; und um den scheinbaren Widerspruch zu beseitigen, hat es auch hier nicht an Vereinigungsversuchen gefehlt. So soll nach manchen hier nur gesagt sein, daß Zinsen beim mutuum nur durch stipulatio versprochen werden können, daß daher nicht das mutuum, sondern lediglich das Zinsversprechen ungültig sei. Diese Ansicht, gegen die sich auch Brinz[8]) und Salkowski[9]) aussprechen, ist nicht zutreffend. Nur gezwungen könnte man die Worte „huiusmodi placitum“ allein auf die conventio, ut foenera praestentur beziehen, zumal noch ausdrücklich gesagt ist: „huismodi placitum nihil mutavit de praecedenti obligatione“, daß also die ganze vorhergehende Obligation der emtio venditio nicht geändert werden soll.[10]) Die conventio muß sich daher sowohl auf die Umwandlung der Kaufschuld als auch auf die Zahlung von Zinsen bezogen haben, obwohl v. Salpius[11]) meint, daß jede Auslegung unmöglich sei, welche von dieser Voraussetzung ausgeht. Die Argumentation von v. Salpius ist folgendermaßen: Im ersten Fall, wo Kaufgeld und Zinsen stipuliert sind, sind letztere einklagbar, im zweiten Falle dagegen nicht. „Dies[12]) würde den allgemeinen Regeln entsprechen, wenn das Zinsversprechen neben einem Darlehn bestände. Die Kaiser sagen aber, daß hier nicht Darlehnsschuld, sondern Kaufgeldschuld vorliege („nihil mutavit de praecedenti obligatione“). Nach allgemeinen Grundsätzen hätten nun aber neben einem Kaufvertrag als bonae fidei negotium Zinsen durch pactum adiectum gültig vereinbart werden können. Somit kann das dem zweiten Fall zugrunde liegende Geschäft kein bonae fidei negotium sein, sondern muß stricti iuris sein; da es kein mutuum war, muß es Stipulation

---

[8]) Brinz a. a. O. S. 478.
[9]) Salkowski a. a. O. S. 64.
[10]) Salkowski a. a. O. S. 64.
[11]) v Salpius a. a. O. S. 335.
[12]) v. Salpius a. a. O. S. 334.

gewesen sein, also wäre im ersten, wie im zweiten Fall das Kaufgeld stipuliert." Diese Argumentation ist aber, wie auch Salkowski[13]) ausführt, um deswillen nicht richtig, „weil das Reskript der Kaiser ja die Möglichkeit, Zinsen mit der actio bonae fidei zu fordern, gar nicht bestreitet, sondern nur die actio creditae pecuniae überhaupt für unstatthaft erklärt." Zinsen ex emto können nach wie vor gefordert werden, aber nicht ex mutuo. Die richtige Erklärung der Stelle ist vielmehr folgende: Die Absicht der Parteien ist gar nicht darauf gerichtet gewesen, die Kaufgeldschuld in ein Darlehn zu verwandeln, in Wirklichkeit ging sie dahin, eine Zinsverpflichtung zu begründen, wozu allerdings der gewählte Weg im zweiten Fall der unrichtige war. Hat die Bezeichnung der Schuld ex emto als Schuld ex mutuo in der cautio fälschlich stattgefunden, so soll hier die falsa demonstratio nicht schaden, da ja die Novation ihre causa in sich selbst trägt. Anders im zweiten Fall; hier taucht die falsche Bezeichnung im einfachen Schuldschein auf; die conventio charakterisiert sich als bloße Simulation. Es wird also im Reskript angenommen, daß die Parteien bewußtermaßen beide etwas anderes erklärt haben, als sie in Wirklichkeit beabsichtigten. Der Name „mutuum" war nur mißbräuchlich gewählt. Infolge der Simulation konnte aber ein mutuum nicht zustande kommen, und an der alten Obligation hat sich nichts verändert. Zu dieser Erklärung paßt auch sehr gut das „simulatis pro infectis habitis", das die Kaiser als Entscheidungsgrund angeben. Die Möglichkeit der Verwandlung einer beliebigen anderen Schuld in eine Darlehnsschuld ist also von den Kaisern keineswegs verneint worden, die oben aufgestellte Ansicht, daß Ulpians Meinung als die von Justinian rezipierte anzusehen sei, durch das Reskript in keiner Weise widerlegt. Somit ist also auch für das justinianische Recht festzuhalten, daß es die Verwandlung einer beliebigen Schuld durch fingierte datio zuläßt.

[13]) Salkowski a. a. O. S. 69.

§ 8.

Die juristische Natur der Verwandlung. Ihr Unterschied von der Novation.

Nachdem die Möglichkeit der Verwandlung einer Schuld in ein Darlehn nach römischem Rechte festgestellt ist, wird es sich nunmehr fragen, welche Voraussetzungen die Schuld erfüllen muß, um zur Verwandlung geeignet zu sein.

Zunächst ergibt sich aus dem Begriff des Darlehns, da sein Gegenstand nur Fungibilien sein können, ganz von selbst, daß nicht alle debita in dem in § 1 bezeichneten Sinne einer unmittelbaren Verwandlung fähig sind, sondern eben nur solche, deren unmittelbarer Gegenstand Fungibilien sind. Aber nicht einmal allen derartigen Schulden steht der Weg offen, durch Verwandlung in eine Darlehnsschuld überzugehen. Hier ist vielmehr zu unterscheiden:

1. Ist die Verwandlung einer Fungibilienschuld durch brevi manu traditio möglich, wie bei dem depositum (oben § 5), so ist sie auch zulässig, da hier das Darlehn durch wirkliche datio zustande kommt.

2. Ist aber bei der Verwandlung einer Schuld fingierte datio erforderlich, so genügt es nicht, daß ihr Gegenstand in Fungibilien besteht. Hierbei ist vielmehr, wie sich auch aus sämtlichen hier einschlagenden Quellenstellen ergibt (l. 34 pr. D. 17, 1; l. 15 D. 12, 1; l. 3 § 3 D. 14, 6), die unbedingte Voraussetzung der Verwandlung Vorhandensein einer bestimmten Geldschuld.[1]) So spricht Ulpian in l. 15 D. 12, 1 ausdrücklich von pecunia debita, in l. 3 § 3 D. 14, 6 von pecunia numerata. Immer also wenn aus irgend einem Kontrakt, sei es Miete, Kauf, Mandat, Werkvertrag eine bestimmte Geldschuld vorhanden ist, kann sie durch Verwandlung — und nur in diesem Sinne will Salkowski[2]) von Verwandlung gesprochen wissen — in eine Darlehnsschuld übergehn.

Nun ist aber nach l. 8 C. 4, 2 (si certum petatur) die Begründung eines Darlehns in der Weise möglich, daß derjenige, der

[1]) So auch Salkowski a. a. O. S. 57.

[2]) Salkowski a. a. O. S. 51.

Darlehnsschuldner werden soll, von einem anderen eine Sache zum Schätzungswert übernimmt, um diesen als Darlehn zu behalten. Da dies möglich ist, so ist nicht zu leugnen, daß auch ein Darlehn dann entstehen muß, wenn derjenige, der irgend eine Sache schuldet, unter vereinbarter Substituierung des Schätzungswertes derselben, den letzteren in Geld ausgedrückt — als Darlehen behalten soll. Dies wäre dann eine indirekte, aber immerhin mögliche Verwandlung.

Es ist jetzt noch die Frage zu erörtern, worauf die sogen. Schuldverwandlung sich erstreckt. Zweifellos ist hier, daß die alte obligatio durch solutio erloschen ist, und daß damit auch die actio, welche ursprünglich bestand, zessiert. Juristisch von dem Erlöschen der prior obligatio getrennt, entsteht durch datio die neue obligatio mutui, und damit die condictio certi; diese wenigstens dann, wenn eine certa pecunia geschuldet wurde[3]) (also im Falle der von Salkowski sogen. „eigentlichen Schuldverwandlung"), während bei den übrigen Fungibilienschulden die condictio triticaria entstand (so, wenn ein depositum irregulare in ein mutuum verwandelt wurde). Wie aber steht es mit dem debitum selbst, z. B. dem id, quod debebatur ex emto? Zunächst könnte es scheinen, als ob es dieselben decem sind, die erst ex emto, jetzt ex mutuo geschuldet werden. Daß dies aber unrichtig ist, ergibt sich daraus, daß die prior obligatio als durch solutio erloschen gilt, und damit auch die frühere Schuld aufgehört hat zu bestehen.

„Den[4]) Gegenstand des Darlehns bilden nicht mehr die ex emto geschuldeten Hundert, sondern nur immer Hundert an und für sich, und es erscheint als ein ganz zufälliger, juristisch irrelevanter Umstand, daß der Darlehnsempfänger bereits aus einer früheren causa dem Darlehnsgeber Hundert schuldet."

Von der Schuldverwandlung ist streng die Novation abzugrenzen. Aber erst Sintenis[5]) war es vorbehalten, den ersteren Tatbestand als einen von dem letzteren völlig verschiedenen neben denselben zu stellen. Man ließ bis dahin meist die Schuldverwandlung in der Novation aufgehen (so Römer,[6]) der sie als novatio durch nuda

[3]) v. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 609 f.
[4]) Salkowski a. a. O. S. 72.
[5]) Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. 2 § 105.
[6]) Römer a. a. O. S. 14.

pactio bezeichnet, was aber auch für das gemeine Recht nicht zutrifft).

In den Quellen ist die Novation dahin definiert: „novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio; hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur“ (l. 1 § 1 D. 46, 2).

1. Darnach wird bei der Novation das alte debitum in die neue obligatio transferiert, bei der Schuldverwandlung dagegen erlischt das prius debitum.

2. Bei ersterer wird die bestehende Obligation durch Errichtung der neuen aufgehoben, während bei letzterer der Akt der Errichtung juristisch dem der Aufhebung erst folgt.

3. Die Novation erzeugt einen formellen, die Schuldverwandlung einen materiellen Vertrag.

4. Die Novation kann im justinianischen Recht nur durch stipulatio (verbis) geschehen, die Schuldverwandlung geschieht durch die conventio, ut crediti nomine pecuniam debitam retineas.

Immerhin sind Novation und Schuldverwandlung auch einander ähnliche Rechtsinstitute; hier wie da wird ja eine prior obligatio aufgehoben, eine nova begründet. So kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß manche Rechtssätze, die für die Novation gegeben sind, durch Analogie zur Ausfüllung von Lücken bei der Schuldverwandlung benutzt werden können. „Auch [7]) ist es nicht unmöglich, daß je nach den Umständen des konkreten Falls, wenn es an einem Erfordernis der Novation fehlt, die beabsichtigte Novation nur den Charakter einer Schuldverwandlung annimmt, und darin aufrecht erhalten werden kann.“

§ 9.

Die Wirkungen der Schuldverwandlung.

Daß Ulpian die Verwandlung einer Schuld in ein wirkliches mutuum, ein creditum im engeren, nicht im weiteren Sinne, im Auge hatte, ergibt sich unzweifelhaft, wenn man sich das oben (§ 2

[7]) Sintenis a. a. O. § 105 S. 454.

S. 3 f.) über creditum Gesagte noch einmal vergegenwärtigt. Allerdings spricht Ulpian[1]) von mutua und mutua pecunia ausdrücklich nur bei der Verwandlung eines depositum in ein Darlehn, sowie dann, wenn der Erlös einer verkauften Sache als Darlehn behalten werden soll. Aber gerade bei der Verwandlung eines depositum wird von Afrikan credita pecunia gesagt, wo Ulpian mutua pecunia sagt, ein Zeichen, daß beide Ausdrücke gleichbedeutend neben einander gebraucht werden. Und gerade in l. 15 D. 12, 1, wo ebenfalls nur von creditum und credita pecunia die Rede ist, deuten die Worte: „et a me ad te profecta" darauf hin, daß hier ein creditum im engeren Sinne (ein mutuum) als entstanden angesehen wird, denn nur bei diesem war ja, wie oben (§ 2) gezeigt, ein proficisci pecuniam erforderlich. Außerdem aber gebraucht auch Ulpian in l. 3 § 3 D. 14, 6 den Ausdruck mutua pecunia, ein Fall, in dem es sich ebenfalls um Verwandlung einer beliebigen Schuld handelt. Es ist sonach in allen Fällen ein wirkliches mutuum entstanden. — Der Zweck, den Ulpian damit verfolgte, daß er die Verwandlung für zulässig erklärte, kann nicht zweifelhaft sein, wenn man die Wirkungen bedenkt, durch die sich das mutuum als negotium stricti iuris von den bonae fidei negotia unterschied. Es war derselbe Zweck den man in Rom damit verband, daß man sich eine bereits gültig vorhandene Schuld durch Stipulation nochmals versprechen ließ, nämlich die Schaffung einer strengen, auf eine certa pecunia gehenden Klage, der condictio certi. Von der (uneigentlichen) Schuldverwandlung durch brevi manu traditio, bei der als Voraussetzung eine Fungibilienschuld genügte, abgesehen, entstand durch die eigentliche Verwandlung, die zur Voraussetzung eine bestimmte Geldschuld hatte, stets ein auf Zahlung einer certa pecunia gerichtetes mutuum. Dasselbe erzeugte nur eine streng einseitige Verpflichtung, nämlich die zur Rückgabe von tantundem eiusdem generis. „Die[2]) obligatio auf Zahlung der betreffenden Summe wurde verselbständigt gegenüber der früheren Schuld, die von ihrer causa losgelöst wurde."

Aber außerdem, daß der Gläubiger hier eine für ihn vorteil-

---

[1]) vgl Sintenis a. a. O. § 108.
[2]) Römer a. a. O. S. 15.

haftere Klage erhielt, war auch seine Beweislast eine leichtere. Nach allgemeinen Regeln trägt derjenige, welcher eine Tatsache behauptet, die Beweislast. So hat beim Darlehn der auf Rückgabe klagende und die Hingabe behauptende Gläubiger die Hingabe zu beweisen. Ist nun aber das Darlehn gar nicht durch wirkliche Hingabe zustande gekommen, sondern, wie im Fall der Verwandlung, durch fingierte datio, so ist die conventio, in der die fingierte datio liegt, zu beweisen. Ist aber dieser Beweis genügend oder hat Kläger auch das Bestehen der früheren obligatio nachzuweisen? Witte[3]) verteidigt das Letztere mit folgender Begründung: „Das mutuum setzt Realleistung voraus, und da diese hier nicht gewährt sein würde, wenn nicht die aus dem Mandatsgeschäft wirklich geschuldete Summe vom Schuldner zurückbehalten werden konnte, so mußte vom Gläubiger diese Grundlage des ganzen Geschäfts bewiesen werden."

Der Fehler dieser Argumentation liegt in der falschen Prämisse und ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, daß nämlich das mutuum nach klassischem römischen Recht in dem hier interessierenden Falle gerade keine Realleistung voraussetzte, sondern gerade hier die fingierte Dation genügte. Daher ist die Ansicht Wittes von unserem Standpunkt aus zu verwerfen, zu billigen aber die von Römer,[4]) v. Salpius,[5]) Salkowski[6]) und Bähr,[7]) wonach nur die conventio, ut pecuniam debitam crediti nomine debitor retineat, in der vielmehr „die Grundlage des Geschäfts liegt, vom Gläubiger zu beweisen ist, nicht aber der wirkliche Bestand der früheren Schuld selbst".

Dem Schuldner bleibt aber überlassen, den Nichtbestand eines zugrunde liegenden Geschäfts, welches bei jener Übereinkunft als bestehend vorausgesetzt war, mit der condictio indebiti anzufechten. Dieselbe hat, da in der conventio zugleich fingierte Solution lag, den Charakter einer condictio indebiti soluti, nicht den einer condictio indebiti promissi.[8])

---

[3]) Witte in Krit. VSchr. Bd. 6 S. 45.

[4]) Römer a. a. O. S. 15.

[5]) v. Salpius a. a. O. S. 503.

[6]) Salkowski a. a. O. S. 72, 97.

[7]) Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 2 S. 428.

[8]) Ebenso v. Salpius a. a. O. S. 503 und Salkowski a. a. O. S. 72, 97.

Zweiter Teil.

Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld nach heutigem Recht.

§ 10.

Die Bedeutung des § 607 Abs. 2 BGB. nach den Materialien zu demselben.

Mehr denn ein Jahrtausend ist vergangen, seitdem die oben geschilderte Entwicklung der Verwandlung einer Schuld in ein Darlehn ihren Abschluß im justinianischen Recht damit erlangt hat, daß die Meinung des Ulpian im corpus iuris civilis rezipiert und die Möglichkeit der Verwandlung in voller Allgemeinheit anerkannt wurde.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich v. 18. 8. 1896 trifft im § 607 Abs. 2 die Bestimmung: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen."

Damit hat sich nach Ansicht von Krahmer[1]) „der Standpunkt des jetzt fallenden Rechts erledigt", und zwar dahin, daß dadurch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Möglichkeit der Begründung eines echten, wirklichen Darlehns durch Schuldverwandlung ausdrücklich ausgesprochen sei. Allein über eine solche Verwandlung sagt der Paragraph gerade nicht eine Silbe, er entscheidet die bisher bestrittene Natur eines Vertrags zwischen Gläubiger und Schuldner, daß der letztere als Darlehen behalten dürfe, was er aus einem anderen Grunde schuldet, in keiner Weise. Daß aber eine derartige Vereinbarung nach

[1]) Krahmer, Der Darlehnsbegriff des BGB. Diss. Halle 1900 S. 33.

heutigem Recht eine viel weitergehende Bedeutung hat als nach römischem Recht, ergibt sich schon aus der Erwägung, daß heute alle Verträge, soweit keine besonderen Formvorschriften für sie gelten, grundsätzlich nudo consensu klagbar sind, und daß der Wille der Parteien auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse volle Betätigungsfreiheit hat.

Um den Zweck obiger Bestimmung zu untersuchen, bieten uns die Motive zu § 454 des Entw. 1, welcher dem materiellen Inhalte nach mit § 607 Abs. 2 BGB. übereinstimmt, eine geeignete Hilfe, indem sie den Zweck, welchen die Verfasser mit jenem Paragraphen eigentlich verfolgten, deutlich verraten; sie lauten folgendermaßen: „Die Vorschrift erscheint mindestens als durch die Vorsicht geboten. Durch sie wird der Gläubiger, welcher auf Grund der bezeichneten Vereinbarung mit der Darlehnsklage auftritt, gegen den Einwand des Schuldners sichergestellt, ein Darlehn, welches begriffsmäßig die Überlassung einer individuell bestimmten Quantität vertretbarer Sachen zu Eigentum voraussetze, habe er nicht erhalten und sei deshalb die auf ein unrichtiges Fundament gestützte Klage abzuweisen. Es ist ohne die Vorschrift keineswegs zweifellos, ob der Schuldner mit einem solchen Einwand zurückgewiesen würde." Der Grund, aus dem § 454 eingefügt wurde, war also vornehmlich der, dem Beklagten den Einwand der Klageänderung abzuschneiden. Wenn nämlich der Kläger seine Klage auf Barempfang des Geldes seitens des Beklagten, der in Wirklichkeit nicht stattgefunden hatte, und den von diesem über den Empfang ausgestellten Schuldschein stützte, so war es nicht unmöglich, daß der Beklagte nun die exceptio non numeratae pecuniae vorschützte. Kläger war dann allerdings gezwungen, durch Replik das zugrunde liegende Rechtsverhältnis aufzudecken. Nun aber bestand die zweite Gefahr für den Kläger, daß der Beklagte einwendete, hier liege eine unzulässige Klageänderung vor, da ja ursprünglich aus Darlehn und nicht aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis geklagt sei. In den weitaus meisten Fällen wurde in der gemeinrechtlichen Praxis diese Annahme abgelehnt.

Hätte der Kläger seine Klage nicht auf wirkliche Numeration gestützt, sondern nur auf die Verabredung, daß die geschuldete Summe als Darlehn geschuldet werden solle, so hätte der Beweis dieser Vereinbarung richtiger Ansicht nach genügen müssen, da diese ja das Fundament des Anspruchs bildete. So ist beispielsweise in einer in

Seufferts Archiv[2]) enthaltenen Entscheidung ausgeführt, daß alles, was Beklagter wegen der nicht stattgefundenen Numeration gegen die Klage einwende, nicht zur Sache gehörig sei.

Es läßt sich also aus den Motiven zu § 454 des Entw. 1 kein weiterer Schluß gewinnen als der, daß der Einwand der Klageänderung durch diese Vorschrift abgeschnitten werden sollte; eine positive Bestimmung über die juristische Natur einer derartigen Vereinbarung ist ihnen nicht zu entnehmen. Sehen wir aber weiter in den Protokollen zu § 454 des Entw. 2 (Bd. 3 S. 1690 f.) nach einer Beantwortung dieser Frage, so werden wir finden, daß auch sie uns hier im Stich lassen. Es geht aus ihnen nur hervor, daß die Meinungen in der Kommission über diesen Punkt weit auseinander gingen. Einerseits wurde jene Vereinbarung in der Weise konstruiert, daß sie regelmäßig ein abstraktes Schuldanerkenntnis begründe, mit dem Hinweise: „Die Bezeichnung der Schuld als Darlehnsschuld eigne sich ganz besonders für ein abstraktes Versprechen. Mit der Umwandlung sei das Schuldverhältnis von dem früheren Rechtsgrunde losgelöst. Das Darlehn schaffe von vornherein glatte Verhältnisse, es habe einen in der Vergangenheit liegenden mit seinem Eintritt sofort abgeschlossenen fertigen Rechtsgrund in sich." Gegründet wurde diese Ansicht auf die Anschauungen des heutigen Verkehrs. „Von andrer Seite wurde diesen Ausführungen entgegengehalten, die Fälle des § 454 könnten sehr verschieden sein. Mit der Umwandlung eines Schuldverhältnisses sei nicht regelmäßig ein Anerkenntnis in dem Sinne verbunden, daß zum Beweise des Empfangs der Valuta nicht auf den ursprünglichen Rechtsgrund zurückgegriffen werden sollte. Daneben kämen allerdings auch Fälle vor, in denen nach der Absicht der Parteien in der Umwandlung gleichzeitig ein eigentliches Schuldanerkenntnis ausgesprochen sei. Ob die Parteien der Vereinbarung die eine oder andere Bedeutung hätten beilegen wollen, lasse sich nur aus den Umständen des konkreten Falls ermitteln."

Es läßt sich also aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ergründen, welche juristische Natur nach der Ansicht seiner Verfasser der Vereinbarung zukommt.

Es dürfte daher, da eine befriedigende Antwort weder vom Ge-

---

[2]) Seuff. Arch. für Entsch. der obersten Gerichte Bd. 5 Nr. 127.

setzbuch noch seinen Materialien erfolgt ist, nicht unzweckmäßig sein, auf das bisher geltende Recht zurückzugreifen, denn im engsten Anschluß an dasselbe ist ja das Bürgerliche Gesetzbuch entstanden.

§ 11.

Die erste mögliche Konstruktion der Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner, ut pecuniam debitam crediti nomine retineat.

Hier können wir zunächst von der Konstruktion ausgehen, welche wir als die für das römische Recht richtige erkannt hatten, nämlich der, daß durch Verwandlung der früheren Schuld ein wirkliches Darlehn entstanden ist. Um nun die Möglichkeit dieser Konstruktion für das heutige Recht festzustellen, ist es, ebenso wie im römischen Recht, erforderlich, von der juristischen Natur des Darlehns auszugehen. Auch hier können wir daher der Beantwortung der Frage nicht ausweichen, ob das Darlehn ein Real- oder Konsensualvertrag ist.

Aber auch in diesem Falle wird man nach einer befriedigenden Lösung im Gesetz vergebens suchen. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt nicht einmal eine Begriffsbestimmung vom Darlehn, da nach Angabe der Motive „der Begriff des Darlehns im Rechtsleben so eingebürgert ist, daß eine Definition entbehrlich erscheint". § 607 Abs. 1 besagt nur: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten."

Hieraus will Oertmann[1]) schon den Schluß ziehen, daß sich das Darlehn im Bürgerlichen Gesetzbuch als Realkontrakt darstelle. Doch wird in dem vorstehenden Paragraphen nur die Verpflichtung des Empfängers zur Rückerstattung geregelt,[2]) über die Natur des Darlehns wird mit keinem Worte gesprochen. Dieselbe festzustellen ist vielmehr der Wissenschaft überlassen. Wir finden aber mit Rücksicht auf diesen Punkt in der Literatur die verschiedenartigsten Ansichten vertreten. Dieselben werden im folgenden näher zu besprechen sein,

[1]) Oertmann, Komm. z. BGB., Recht der Schuldverhältnisse 1. Aufl. Anm. vor § 607.

[2]) So auch Krahmer a. a. O. S. 40.

und da die Frage nach gemeinem Recht ebenso zu beantworten ist, wie nach heutigem Recht, wird auch ein Eingehen auf die Ansichten im gemeinen Recht nicht zu umgehen sein.

§ 12.

Das Darlehn Real- oder Konsensualvertrag?

Heutzutage, wie schon nach gemeinem Recht, gilt der Satz nicht mehr, daß der formlos erklärte Wille nicht genüge, um ein gültiges Forderungsrecht zu erzeugen. Vielmehr hatte sich schon im gemeinen Recht, das sich hierin an das deutsche anschloß, die Regel entwickelt, daß jede irgendwie erklärte Vereinbarung einen gültigen und klagbaren Vertrag hervorzubringen imstande sei. So ist also das, was im römischen Rechte Ausnahme war, heute Regel geworden. Daraus aber, daß heute grundsätzlich alle Vereinbarungen klagbar sind, den Schluß zu ziehen, daß nun alle Verträge Konsensualverträge seien, ist übereilt. Allerdings ist klar, daß es heute Realkontrakte im Sinne des römischen Rechts nicht mehr geben kann. Hier konnte man die res, wie oben gezeigt, mit Fug und Recht als Formerfordernis betrachten, durch sie wurde der unverbindliche Konsens erst zur Klagbarkeit erhoben.

Wollte man dagegen von dem römischen Begriffe der res ausgehen und denselben dem heutigen Rechte zugrunde legen, so müßte man allerdings die Existenz der Realkontrakte im heutigen Rechte leugnen. Diese Folgerung hat denn auch Köppen[1]) gezogen: „Nach heutigem Recht zählen zu den zweiseitigen Verträgen auch die römischen Realkontrakte, sie werden nicht mehr re, sondern consensu kontrahiert." Zu demselben Resultat kommt Demelius,[2]) indem er vom Begriff der res als lex dationis ausgeht (allerdings unter Zulassung des Gebrauchs des Wortes „Realkontrakt" in einem andern Sinn). Der Beweis aber, den diejenigen, die behaupten, daß es heute keine Realkontrakte mehr gäbe, zu führen hätten, ist damit nicht erbracht.

Da nun aber die res unbestrittenermaßen nicht mehr Erfordernis der Form sein kann, so bleibt nichts anderes übrig, als dies, daß die

---

[1]) Köppen in Jahrb. für Dogmatik Bd. 11 S. 352.

[2]) Demelius ebenda Bd. 3 S. 409.

res, wie Adler[3]) sagt, ein Qualitätserfordernis ist, dessen Fehlen das Wesen, aber nicht mehr, wie im römischen Recht, die Gültigkeit des Vertrages berührt.

Aber auch unter denjenigen, welche heute noch die Existenz der Realkontrakte anerkennen, gehen die Meinungen sehr weit darüber auseinander, was nunmehr das charakteristische Merkmal der res sei.

Hier wird zunächst behauptet, die Eigentümlichkeit der res liege darin, den Empfänger einseitig in der vom Geber bezeichneten Art zu binden. Die Konsequenz dieser besonders von Kohler[4]) vertretenen Ansicht wäre, wie auch Adler ausführt, die, daß, wenn der Empfänger annimmt, aber auch erklärt, dem Verlangen des Leistenden sich nicht zu fügen, diese Erklärung nichtig wäre.

Jeder Vertrag, der mit einer Sachleistung beginnen kann, die mit dieser einseitigen Bestimmung (legem suae rei dicere) verbunden ist, wäre dann Realvertrag, alle übrigen Verträge Konsensualverträge. Möglich wäre also bei jedem Vertrage, der eine Sachleistung zum Gegenstand hat, daß er Realvertrag ist. So wäre dann der Kauf bald Real-, bald Konsensualvertrag, ebenso Miete, Schenkung usw. Somit[5]) wäre dann z. B. beim Kauf zu unterscheiden, ob die Parteien die Leistungen ohne selbständige Konsenserklärung oder mit solcher empfangen haben. Auf diese Weise könnte der Kauf Realkontrakt, das Darlehn aber Konsensualkontrakt sein. Schon wenn man die Konsequenzen hieraus zieht, müssen mannigfache Bedenken aufstoßen. Beim Kauf als Realkauf wäre dann jedenfalls, wenn die Hingabe nichtig ist, der ganze Vertrag nichtig.

Eine Verpflichtung des Verkäufers würde z. B. dann nicht entstehen, wenn der Käufer falsche Münzen hingäbe.[6]) Dies steht mit den heute über Kauf geltenden Vorschriften aber in schreiendem Widerspruch. Dagegen würde allerdings — wie dies ja auch de lege lata zutrifft — der Darlehnsnehmer nicht obligiert, beim Konsensualdarlehn aber müßte man konsequent das Entstehen eines verpflichtenden Vertrages annehmen.

---

[3]) Adler ebenda Bd. 31 S. 192.
[4]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 212.
[5]) vgl. Adler a. a. O. S. 199.
[6]) So auch Adler a. a. O. S. 196.

Da dieser von Kohler aufgestellte Begriff der res aber mit dem heutigen Recht nicht im Einklang steht, kann er keinen Anspruch darauf erheben, als maßgebend angesehen zu werden.

Nach einer anderen Ansicht ist das Erfordernis der res aus der Naturnotwendigkeit hergeleitet. Es wird nämlich so argumentiert: „Die Verpflichtung zur Rückgabe setze Hingabe voraus, da Rückgabe ohne Hingabe logisch unmöglich sei." Hiergegen wendet aber Brinz[7]) ein: „Ist denn jene begriffliche Notwendigkeit: ‚die Verpflichtung zur Rückgabe setzt Hingabe voraus' nur auch vorhanden? Die Rückgabe setzt Hingabe voraus, die Verpflichtung zur Rückgabe setzt keine Hingabe voraus. Wer das Gegenteil behauptet, verlangt, daß man sich zu nichts verpflichten könne, was nicht sofort geleistet zu werden vermag." Die Richtigkeit der Argumentation von Brinz läßt sich nicht leugnen und kann auch durch Eisele[8]) Gegengründe nicht entkräftet werden, die dahin gehen: „Rückgabe setzt Hingabe voraus. Rückgabe ohne Hingabe ist unmöglich. Die Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe daher Verpflichtung zu etwas Unmöglichem, mithin nichtig." Nun ist aber doch wohl klar, daß alle diejenigen, die, wie Eisele, davon sprechen, daß die Verpflichtung zur Rückgabe die Hingabe voraussetze, damit nur können sagen wollen: „Die Verpflichtung, etwas zurückzugeben, vordem man es empfangen hat, ist unmöglich." Gegen diese Auffassung von der res als Erfordernis des Realkontrakts infolge von Naturnotwendigkeit wird geltend gemacht: Dann müßten ja alle Verträge, bei denen eine Sachleistung vorkommt und bei denen vor erfolgter Hingabe keine Rückgabe möglich ist, Realverträge sein und könnten nicht Konsensualverträge sein. Auf diesen Einwand aber wird sofort erwidert,[9]) daß jene Behauptung die ganz verschiedenen Elemente der Real- und Konsensualverträge zusammenwerfe. Vergleicht man diese mit jenen, z. B. einen Miet- mit einem Darlehnsvertrag, so zeige sich, daß dem Darlehn, dem entgeltlichen, wie dem unentgeltlichen nur die eine streng einseitige Verpflichtung auf Rückzahlung der Valuta entspringt. Dies ist allerdings richtig und beim unverzinslichen Darlehn auch unbestritten. Rösler[10]) will allerdings auch letzteres zu

[7]) Brinz, Krit. Blätter Bd. 1 S. 18.

[8]) Eisele in Zeitschr. für schweiz. Recht Bd. 3 N. F. S. 16.

[9]) vgl. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 224.

[10]) Rösler in Zeitschr. für HR. Bd. 12 S. 406.

den Realkontrakten nicht gezählt wissen, mit folgender Begründung: „Da ein Anspruch auf Zinsen als lex contractus in die Darlehnsobligation eingefügt werden kann, so kann jetzt die obligatio ex mutuo auf ein incertum gehen, folglich (!) ist das mutuum nach heutigem Recht jedenfalls kein Realkontrakt mehr." Der Hauptfehler dieser Argumentation beruht darin, daß deshalb, weil die obligatio ex mutuo auch auf ein incertum gehen könne, auch der Darlehnsvertrag, bei dem sie auf ein certum gehen kann, nicht Realvertrag sein soll. Außerdem aber ist der Darlehnsvertrag und der Zinsvertrag, welch letzterer konsensual ist, zusammengeworfen.

Andere wieder halten das entgeltliche Darlehn für einen Konsensualvertrag und nur das unentgeltliche für einen Realkontrakt. Diese Ansicht findet ihren Hauptvertreter in Unger,[11]) welcher seine Lehre dahin präzisiert: „Es gibt noch im heutigen Recht Realverträge, und zwar benannte wie unbenannte. Dieser modus contrahendi findet überall da statt, wo das ganze Geschäft, das Geben und Nehmen, in obligatorischer Absicht, lediglich den Vorteil des Empfängers bezweckt. In allen übrigen Fällen, mithin, wenn das Geschäft doch nur oder auch den Vorteil des Gebers bezweckt, wird der Vertrag nudo consensu geschlossen. Daher ist das unverzinsliche Darlehn Realkontrakt, das verzinsliche Konsensualkontrakt, da es als Kapitalmiete gleich der Sachmiete den Vorteil beider Parteien bezweckt."

Sieht man davon ab, daß es wenig geeignet erscheint, vom Vorteil eines Geschäfts seine juristische Natur abhängig zu machen, und auch davon,[12]) daß das entgeltliche Darlehn ebenso lediglich den Vorteil des Nehmers bezwecken kann, wie das unentgeltliche den des Gebers, so erscheint es doch nichts weniger als zutreffend, das Darlehn als ein der Sachmiete analoges Rechtsverhältnis und somit als Konsensualvertrag aufzufassen. In Wirklichkeit haben beide Verträge sehr wenig miteinander gemein. Bei der Sachmiete wird eine unvertretbare Sache nur zum Gebrauch gegeben, sie bleibt im Eigentum des Vermieters, bei dem Darlehn dagegen werden vertretbare Sachen zum Verbrauche gegeben, sie fallen in das Eigentum des Nehmers, und es wäre eine zum mindesten sehr gekünstelte Konstruktion, wollte man hier den Gebrauch des Kapitals als gemietet bezeichnen.

[11]) Unger in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 8 S. 14.

[12]) vgl. Schey a. a. O. S. 44, 45.

Affolter[13]) führt aus, daß beim Darlehn der wirtschaftliche Gedanke der ist, daß das ins Vermögen des Empfängers geflossene Geld fremdes Geld ist, und daß die Geldleistung des Darleihers als etwas abstrakt Bleibendes angesehen wird. Dies mag zutreffend und wohl auch wirtschaftlich beachtenswert sein, kann aber aus den obigen Gründen einen Anspruch auf juristische Bedeutung nicht erheben. Auch erscheint es nicht unbedenklich, das ins Eigentum des Empfängers übergegangene Kapital als ideellen Teil des Vermögens des Darleihers zu bezeichnen, denn „ideeller Teil" ist ein rein juristischer Begriff.

Was ferner die Zinspflicht anbelangt, wodurch das Darlehn zum Konsensualvertrag werden soll, so trifft hier das schon oben gegen Rösler Ausgeführte zu, daß nämlich die Zinsen nur infolge eines neben dem Darlehnsvertrage eingegangenen Konsensualvertrages geschuldet werden und nicht schon aus dem Darlehnsvertrage selbst. Nur infolge dieses Zinsvertrages wird das Darlehn zum entgeltlichen, während die Miete immer ein entgeltliches Geschäft ist. Die Pflicht zur Zahlung des Mietzinses ist bei der Miete die Hauptverpflichtung, sie gehört zu ihrem Begriff, beim Darlehn dagegen gehört Zahlung von Zinsen nicht zum Begriff; dieselben sind auch nach heutigem Recht vielmehr nur auf Grund besonderer Vereinbarung zu zahlen (vgl. BGB. § 608). Dem Darlehnsvertrage selbst entspringt nur die eine Verpflichtung auf Rückgabe von tantundem eiusdem generis; alle anderen Verpflichtungen, die dem Darlehnsgeber oder -nehmer obliegen, sind anderen Ursprungs.[14]) Ersterer wird z. B. nicht aus dem Darlehn haftbar, wenn er falsche Münzen hingibt, sondern nur wegen

---

[13]) Affolter, Das verzinsliche Darlehn, im Arch. für bürgerl. R. Bd. 26 S. 1 ff.

[14]) Anderer Meinung ist Affolter (a. a. O. S. 1 ff.), der auf Grund seiner oben berührten Ansicht von der analogen Natur der Miete und des verzinslichen Darlehns dazu kommt, das verzinsliche Darlehn als einen gegenseitigen Vertrag aufzufassen, bei dem der Darleiher zu über- und Belassung des Kapitals, der Empfänger zur Zinszahlung verpflichtet sei. Indem er diese Anschauung weiter entwickelt, kommt er dann dazu, die Rückerstattungspflicht lediglich als „Verpflichtung zur Mitwirkung bei Beendigung der Leistung", mithin nur als sekundäre Verpflichtung aufzufassen (a. a. O. S. 5, 6). Diese ganze Auffassung kann jedoch einen Anspruch auf juristische Bedeutung nicht machen, da sie nur auf dem Gedanken von der wirtschaftlichen Gleichartigkeit fußt und dem BGB. nicht zugrunde liegt (vgl. Oertmann 2. Aufl. Vorbem. 5a zu § 607 BGB.)

unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung. (Anderer Meinung ist Dernburg,[15]) welcher aus dem Darlehnsgeschäfte selbst Haftung eintreten lassen will.)

Nach dem Ausgeführten ergibt sich aber, daß die Meinung Ungers, das verzinsliche Darlehn sei Konsensualvertrag, nicht zutreffend ist. Vielmehr ist der oben dargelegten Ansicht recht zu geben, wonach das unverzinsliche, wie das verzinsliche Darlehn Realvertrag ist. Diese Ansicht ist aber nicht auf die Naturnotwendigkeit allein zu gründen, denn hier geschehe dem Parteiwillen zu wenig sein Recht, sondern es wird nach der heutigen Verkehrsauffassung zu unterstellen sein, daß die Parteien bei dem Darlehnsvertrage sich erst durch Geben und Nehmen der Darlehnsvaluta verpflichten wollen. Res und consensus stehen danach als gleichwesentliche Bestandteile des Darlehnsvertrages nebeneinander, beide müssen zur Gültigkeit vorhanden sein. Eisele[16]) führt aus: „Die Obligation sei der Zweck, die res das Mittel und in diese beiden Bestandteile und in das angegebene Verhältnis beider konsentierten beide Parteien, so oft ein Darlehn gegeben und genommen würde."

Bei einer derartigen Auffassung der res kann die begriffliche Möglichkeit eines konsensualen Darlehnsvertrages allerdings nicht geleugnet werden. Denn der Willen der Parteien kann ja dahin gehen, sich bereits mit der Annahme des Darlehnsversprechens (consensu) zu binden und nicht erst mit Hingabe der Valuta (re). Eine solche Bindung ist nach heutigem Rechte möglich, da man sich durch jedes ernstlich gemeinte akzeptierte Versprechen bereits vor Beginn der Leistung formlos zu derselben verpflichten kann. „Durch[17]) das akzeptierte Versprechen entsteht nicht etwa ein Vorvertrag zum Realvertrag; der Vertrag ist ein einheitlicher; bloß tritt der Beginn der Gebundenheit im Gegensatz zum reinen Realvertrag mit dem akzeptierten Versprechen und nicht erst mit der Leistung ein; der Realvertrag wird zum Konsensualvertrag; der Konsens besteht darin, daß eine Partei verspricht, die andere das Versprechen annimmt."

Manche erblicken allerdings in dem erwähnten Konsensualvertrag

---

[15]) Dernburg a. a. O. S. 237.
[16]) Eisele a. a. O.
[17]) Affolter a. a. O. S. 3, 4.

einen selbständigen Darlehnsvorvertrag. Doch scheint mir der hier ausgeführten Auffassung auch § 610 BGB. nicht entgegenzustehen, da dieser nur das Widerrufsrecht beim einseitigen Darlehnsversprechen regelt, über die juristische Natur des akzeptierten Versprechens, d. i. des hier in Frage kommenden Konsensualvertrages aber nichts besagt.

Ist aber die res nach heutigem Recht nur noch Erfordernis des Darlehnvertrages in dem Sinne, daß die Parteien nach der Verkehrsauffassung sich erst durch die Hingabe binden wollen, so ist sofort klar, daß die res nunmehr einer viel freieren Auffassung fähig ist, als im römischen Recht. Da der res eben nur noch in jenem Sinne eine Bedeutung zukommt, so kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß immer da, wo die Begründung eines Darlehns auf andere Weise geschehen kann, als durch unmittelbare Hingabe[18]) von vertretbaren Sachen, auch ein Darlehen entsteht, falls die Parteien es begründen wollten.

So entsteht nach heutigem Recht ein Darlehnsvertrag auch dann, wenn die Valuta auf Anweisung des Gläubigers von einem Dritten gezahlt wird, ferner auch dann, wenn eine Sache zum Verkauf gegeben wird, damit der Erlös Darlehn sei. Ebenso aber steht der Begründung eines Darlehns auf die Weise nichts entgegen, daß derjenige, der schon aus einem anderen Grunde Geld oder andere Fungibilien schuldet, mit seinem Gläubiger vereinbart, das Geschuldete als Darlehn zu behalten; es kommt in solchem Fall ein wirkliches Darlehn zustande.

§ 13.

Die zweite mögliche Konstruktion der fraglichen Vereinbarung.

Wie in der gemeinrechtlichen Praxis allgemein angenommen wurde, hatte die fragliche Vereinbarung die Natur eines abstrakten Schuldversprechens. Es knüpfte sich diese Konstruktion an die von Bähr begründete Lehre von der verpflichtenden Kraft des abstrakten Versprechens. Bähr,[1]) der das Zustandekommen eines wirklichen Darlehns durch Verwandlung einer anderen Schuld leugnete, hielt die angegebene Konstruktion für die einzig mögliche. Er führte aus: „Der Darlehns-

[18]) Ebenso Klemperer in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 577 u. 578.

[1]) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. S. 276.

schein ist in diesen Fällen nur ein abstraktes Schuldversprechen, welches von dem einfachsten, analoge Wirkungen erzeugenden materiellen Rechtsgeschäft nur den Namen erborgt. In ein wirkliches Darlehn kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden, als in irgend eine andere materielle Schuld. Mag daher das Leben mit dem Worte ‚Darlehn' sich helfen, die Wissenschaft sollte sich mit dem Begriff ‚Darlehn' nicht täuschen."

Bis zu jener Zeit, wo Bähr jenes epochemachende Werk schrieb, war im Anschluß an l. 3 C. 4, 30 im gemeinen Recht allgemein angenommen worden, daß nur kausale Schuldversprechen oder =anerkenntnisse einen selbständigen Klagegrund zu erzeugen imstande waren. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, das der Theorie Bährs gefolgt ist, ist ein Schuldanerkenntnis ein abstraktes Rechtsgeschäft. Auf die Natur eines solchen muß hier kurz eingegangen werden. Jeder Vertrag hat einen Bestimmungsgrund,[2]) ohne den er nicht gedacht werden kann. Es ist nun möglich, daß derselbe als integrierender Bestandteil in das Rechtsgeschäft aufgenommen ist, oder es ist auch möglich, daß dies nicht der Fall ist. Bei Verträgen der ersten Art ist nach dem Willen der Parteien der Bestimmungsgrund des Versprechens maßgebend, sowohl für die Existenz der Verpflichtung, welche durch den Vertrag begründet werden soll, als für den Inhalt der Leistung, auf welche diese Verpflichtung geht; bei Verträgen der zweiten Art schließen die Parteien den Bestimmungsgrund des Versprechens von allem maßgebenden Einfluß auf die Existenz der Verpflichtung, wie auf den Leistungsinhalt aus.

Als Vertrag der letzten Art hat das Bürgerliche Gesetzbuch, wie schon erwähnt, das Anerkenntnis einer Schuld zugelassen.

Daß die Konstruktion der fraglichen Vereinbarung als abstraktes Anerkenntnis auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch möglich ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Schon die Materialien erwähnen diese Auffassung als die regelmäßige. Wollen die Parteien durch die Vereinbarung, ut crediti nomine pecunia debita retineatur, ein Schuldanerkenntnis begründen, so haben sie zu beachten, daß der § 781 hierbei für die Verpflichtungserklärung das Erfordernis der Schriftform

---

[2]) vgl. Windscheid a. a. O. § 319.

aufstellt, ein Erfordernis, das nur im Falle des § 782 BGB. und des § 350 HGB. eine Ausnahme erleidet.

Gleichgültig ist aber, ob in dem ausgestellten Schuldschein das Wort „Anerkenntnis" gebraucht ist. Derselbe ist nicht ein bloßes Beweisdokument über die erfolgte Umwandlung, sondern ein selbständiger Klagebegründungsakt.[3])

§ 14.

Die dritte mögliche Konstruktion der fraglichen Vereinbarung.

Es besteht aber noch eine dritte Möglichkeit der Konstruktion der fraglichen Vereinbarung. Die Parteien können nämlich auch weder Begründung eines wirklichen Darlehns, noch auch eines Anerkenntnisses wollen, sondern lediglich eine Verabredung im Auge haben, die die alte Schuld in keiner Weise berührt, sondern nur darauf geht, daß die Vorschriften des Darlehns in bezug auf Nebenpunkte,[1]) z. B. Kündigung, Verzinsung, Stundung auf die alte Schuld Anwendung finden sollen oder, um mit Rümelin[2]) zu reden, daß sie „nach Darlehnsgrundsätzen behandelt werde". Dies wird auch mit rückwirkender Kraft in der Weise möglich sein, daß die alte Schuld nicht erst vom Augenblicke der Vereinbarung (ex nunc), sondern bereits vom Augenblicke ihrer Entstehung an (ex tunc) Darlehnsgrundsätzen unterliegt.

Auch dieser dritten Konstruktion können keinerlei Bedenken im Wege stehen, sie ist ebenso möglich, wie die beiden vorher besprochenen Auffassungen es sind. Die Vereinbarung kann in diesem Falle formlos abgeschlossen werden.

§ 15.

Wesen und Wirkungen der fraglichen Vereinbarung.

Es wird sich nun zunächst die Frage aufdrängen, welche dieser drei nach heutigem Rechte möglichen Auffassungen denjenigen Tat-

---

[3]) vgl. Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen usw., im Arch. für ziv. Prax. Bd. 97 S. 258.

[1]) vgl. Klemperer in Gruchots Beitr. 1899 Bd. 43 S. 571.

[2]) Rümelin a. a. O. S. 258, 309.

bestand umfaßt, den wir im römischen Recht als „Schuldverwandlung" bezeichnet hatten.

Von einer solchen wird man jedenfalls dann nicht sprechen dürfen, wenn die fragliche Abrede nach dem Parteiwillen nur die Bedeutung haben soll, daß die alte Schuld nach Darlehnsgrundsätzen behandelt werde, im übrigen in ihrem Bestande aber unverändert bleibe; hier tritt keine Verwandlung, sondern nur eine Abänderung in Nebenpunkten ein.

Völlig verschieden hiervon sind die beiden anderen Auffassungen der Abrede, welche miteinander lediglich das gemein haben, daß an Stelle der alten Schuld eine völlig neue begründet wird, die aber in dem einen Falle ein Darlehn, im andern ein Schuldversprechen ist. Hier zeigt sich auf den ersten Blick, daß der Begriff der „Schuldverwandlung" des römischen Rechts im wesentlichen auf die Konstruktion zutrifft, welche durch die fragliche Vereinbarung ein Darlehn entstehen läßt; der einzige Unterschied zwischen römischem und heutigem Recht ergibt sich dabei aus dem römischen Aktionensystem. Dem mutuum entsprang nämlich die condictio certi, eine besondere Klage, während nach heutigem Recht die Darlehnsklage vor anderen Klagen nichts voraus hat. Aus der juristischen Identität der römischen Schuldverwandlung und dem genannten Tatbestand des heutigen Rechts ergibt sich die Berechtigung, auch für den letzteren den Begriff „Schuldverwandlung" zu verwenden.

Dagegen wäre es aus den bereits für das römische Recht erörterten Gründen verkehrt, wollte man in diesem Falle von „Novation" sprechen. Will man diesen Ausdruck auch im heutigen Rechte anwenden, so wird man ihn doch auf Tatbestände zu beschränken haben, die sich juristisch mit der Novation des römischen Rechts im wesentlichen decken. Dies ist aber bei der Schuldverwandlung nicht der Fall, denn bei ihr wird durch formlose Abrede eine kausale, bei der Novation durch formellen Vertrag eine abstrakte Schuld begründet. Sonach ist das abstrakte Schuldversprechen als „Ersatz[1]) der Novation" im heutigen Rechte anzusehen. Man wird daher von Novation auch im heutigen Rechte dann sprechen dürfen, wenn durch die fragliche Vereinbarung ein an die Schriftform gebundener abstrakter Schuld-

[1]) Siber a. a. O. S. 60.

vertrag begründet wird: denn dieser Fall entspricht der Novation nicht nur,[2]) wie die Schuldverwandlung, wirtschaftlich, sondern auch juristisch. Den hier entwickelten Unterschied verwischt dagegen Dernburg[3]) vollständig, wenn er ausführt: „Allerdings kann auch die Absicht sein, an die Stelle der alten Schuld eine Darlehnsschuld zu setzen, also eine Novation eintreten zu lassen." Der hier ausgeführten Ansicht sind dagegen Oertmann,[4]) Siber,[5]) Fischer-Henle[6]) und andere.

Um nun die Wirkungen der fraglichen Vereinbarung festzustellen, wird man zunächst die für das römische Recht gewonnenen Resultate anwenden können. Hierbei ist festzuhalten, daß die Schuldverwandlung juristisch nie uno acta geschieht, sondern in zwei Akte zerfällt. Durch den ersten, die fingierte solutio, erlischt die alte Schuld, durch den zweiten, die fingierte datio, wird die neue begründet.[7])

Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen: Da die frühere Schuld als getilgt anzusehen ist, ist Voraussetzung der Verwandlung, daß eine mindestens zahlbare Schuld besteht. Daher kann eine aus einem z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder wegen Mangels der Form nichtigen Schuldverhältnisse stammende Schuld nicht in ein Darlehn verwandelt werden. Dagegen ist letzteres bei den bloß zahlbaren Verbindlichkeiten, so bei Spiel- und Wettschulden (BGB. § 762), bei Ehemäklerlohn (§ 656), bei einer verjährten Schuld (§ 222 Abs. 2) möglich. Bei der Schuldverwandlung ist Anfechtung durch condicti

---

[2]) vgl. Siber a. a. O.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. des Deutschen Reiches und Preußens Bd. 2 Abt. 2 S. 244.

[4]) Oertmann a. a. O. 2. Aufl. S. 581.

[5]) Siber a. a. O. S. 60.

[6]) Fischer-Henle, BGB. Anm. 7 zu § 607.

[7]) Ebenso Oertmann a. a. O. Dagegen faßt Siber (a. a. O.) die Umwandlung als „Erlaß der Urforderung credendi causa zum Zweck der Begründung einer Darlehnsforderung". Dies trifft aber das Wesen der Schuldverwandlung nicht, da sie Erlaß — also Erlöschen der Urforderung — mit Begründung der neuen zusammenfallen läßt. Der hier entwickelten Ansicht ist auch deshalb der Vorzug zu geben, weil sie auf geschichtlicher Grundlage fußt. Aber auch die Ansicht Rümelins, welcher (a. a. O. S. 258) „den Gedanken der fingierten duplex numesatio für das heutige Recht vollständig ablehnen zu müssen" glaubt, ist aus demselben Grunde nicht zutreffend.

indebiti promissi ausgeschlossen, es ist nur Anfechtung durch condictio indebiti soluti zulässig, da ja eben die alte Schuld als erloschen anzusehen ist. Mit derselben hat die Anfechtung z. B. dann stattzufinden, wenn die conventio, ut crediti nomine pecunia debita retineatur, sich auf aus einem nichtigen Schuldverhältnis stammende Schulden bezog. Pfänder und Bürgschaften, die für die alte Schuld bestellt waren, erlöschen konsequent mit dem Aufhören der letzteren. Aus demselben Grunde endigen auch Gesamtschuldverbindlichkeiten.

Was ferner die Verjährung anbetrifft, so ist zu bemerken, daß die alte Verjährungsfrist nunmehr zu laufen aufhört, es beginnt eine neue ordentliche Verjährung. Dies ist namentlich da von Bedeutung, wenn die alte Schuld einer der kurzen Verjährungsfristen unterlag, wie dies z. B. der Fall ist bei Ansprüchen von Kaufleuten bei Lieferung von Waren, welche nach § 196 des BGB. in zwei Jahren verjähren.

Ganz anders aber verhält es sich, wenn in jener Vereinbarung ein abstraktes Anerkenntnis der alten Schuld liegen sollte. Hier genügt es nicht, wenn die frühere Schuld bloß zahlbar ist. Für Ehemäklerlohn (§ 656 Abs. 2), sowie Spiel- und Wettschulden (§ 762 Abs. 2) ist durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich ausgesprochen, daß durch ein auf Zahlung derartiger Schulden gerichtetes Anerkenntnis eine Verbindlichkeit nicht erzeugt wird. „Die[8]) dem alten Verhältnis anhaftende Unklagbarkeit trifft nach dem zweifelsfreien Wortlaut des Gesetzes auch das neue Versprechen." Dasselbe aber, was von Ehemäklerlohn, Spiel- und Wettschulden bestimmt ist, muß mit noch größerem Rechte dann gelten, wenn die ursprüngliche Schuld aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte herrührt. Der abstrakten Natur des Vertrags kann nicht die Kraft beigemessen werden, derartige Geschäfte zur Klagbarkeit zu erheben. Dem Schuldner aber bleibt es in solchem Falle überlassen, den Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu erheben, denn § 812 Abs. 2 des BGB. bestimmt:

„Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses." Während das gemeine Recht in solchem Fall nur die condictio indebiti pro-

---

[8]) Dertmann a. a. O. 1. Aufl. S. 510 Anm. 2.

missi zuließ, findet daher auch hier die Anfechtung durch condictio indebiti soluti nach heutigem Rechte statt.[9])

Im allgemeinen wird aber wegen der abstrakten Natur der Anerkennung auf die frühere causa nicht mehr zurückgegriffen werden können. Zweck der Anerkennung ist es ja gerade, von vornherein „glatte Verhältnisse“[10]) zu schaffen und die rechtlichen Beziehungen der Parteien so zu gestalten, wie sie anerkannt werden. Es ist daher nicht zweifelhaft, daß auch eine bereits verjährte Schuld als Darlehnsschuld anerkannt werden kann.[11]) Einwendungen, daß der Inhalt des Anerkenntnisses der objektiven Sachlage nicht entsprochen habe, sind belanglos.

Es ist ferner zu beachten, daß die für die alte Schuld bestellten Pfänder und Bürgschaften hier nicht erlöschen, sondern weiterhaften, da ja die alte Schuld nicht untergeht, ihr Bestehen vielmehr anerkannt wird. Ebenso erlöschen auch Gesamtschuldverbindlichkeiten nicht. Aber auch hier greift die ordentliche Verjährung Platz, denn das Anerkenntnis ist ja ein Vertrag, welcher eine selbständige, der Verjährung unterliegende Verpflichtung erzeugt. Somit steht hier auch § 225 BGB. nicht im Wege, welcher lautet: „Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen, noch erschwert werden“, da ja eben die Verjährung nicht kraft Parteivertrages, sondern ipso iure zu laufen beginnt.

Soll schließlich die Vereinbarung nur Nebenpunkte wie Kündigung, Verzinsung usw. betreffen, so bildet das alte Rechtsgeschäft nach wie vor die Grundlage, es wird eben nur in den betreffenden Nebenpunkten modifiziert. Wird z. B. aus einem Kaufvertrag 400 Mark Kaufgeld geschuldet, so würde dann die Bestimmung des § 609 anzuwenden sein, wonach bei einer Darlehnsschuld von mehr als 300 Mk. die Kündigungsfrist 3 Monate beträgt. Alsdann bleiben die etwaigen Bürgen, Pfänder usw. verhaftet, der Gläubiger muß nötigenfalls den Bestand des früheren Schuldverhältnisses beweisen, wobei er sich auf den Abänderungsvertrag lediglich im Sinne eines Beweismittels (außergerichtlichen Geständnisses) berufen kann“ (Oertmann a. a. O.).

---

[9]) So auch Klemperer a. a. O. S. 571.

[10]) v. Staudinger, Komm. zum BGB. Bd. 2 S. 640.

[11]) v. Staudinger a. a. O. S. 640.

Welche von diesen drei möglichen Auffassungen dem Parteiwillen zugrunde liegt, wird der Richter im konkreten Falle unter Berücksichtigung des für die Auslegung von Verträgen so ungemein wichtigen § 157 BGB. („Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern") zu prüfen haben. Dabei wird ein abstrakter Schuldvertrag nicht ohne weiteres schon dann vorliegen, wenn ein Schuldschein ausgestellt ist. Soll letzterer nur die Bedeutung eines Beweisdokuments haben, so wird von den Parteien gewollt sein, daß die alte Schuld sich nach Darlehnsgrundsätzen richte oder in ein Darlehn umgewandelt werde, soll er dagegen einen selbständigen Klagebegründungsakt bilden, so wird die Begründung einer abstrakten Schuld gewollt sein. Es wird ferner für die juristische Natur der Abrede nicht immer entscheidend sein, ob die Parteien in der Urkunde das Wort „Darlehn" oder „Anerkenntnis" gewählt haben.

Die Begründung eines echten Darlehns wird allerdings selten und im Zweifel nicht zu unterstellen sein (ebenso Oertmann 2. Aufl. a. a. O.; Rümelin a. a. O. S. 258; Sibert a. a. O. S. 60). Anders wie im römischen Recht, wo durch die Verwandlung in ein mutuum eine dem Gläubiger vorteilhaftere Klage, die condictio certi erzeugt wurde, hat die Darlehnsklage heute vor anderen Schuldklagen nichts voraus, denn alle Klagen haben heute denselben Charakter, und es kann dem Schuldner ebenso gleich sein, ob er eine Summe als Kaufgeld oder als Darlehn schuldet, wie dem Gläubiger, ob er diese Summe als Kaufgeld oder Darlehn zu fordern hat. Die Schuldverwandlung wird aber auch um deswillen selten im Parteiwillen liegen, weil sie infolge Tilgung der Urforderung die einschneidende Wirkung des Erlöschens von Bürgschaften und Pfandrechten mit sich bringt.[12]) Nicht unzutreffend bemerkt schließlich Rümelin, daß die Parteien die Wirkungen der Schuldverwandlung auch im einzelnen vereinbaren können, weshalb dieselbe von großer praktischer Bedeutung nicht sein könne.[13])

Meistens, oder doch sehr häufig, wird es vielmehr der Willen der Parteien sein, durch jene Abrede ein abstraktes Schuldanerkenntnis zu begründen. Die Parteien werden nämlich mit jener Abrede meist

[12]) Sibert a. a. O. S. 60, 61.
[13]) Rümelin a. a. O. S. 257.

einen bestimmten Zweck, den von Rümelin[14]) sogen. „Klageerleichterungszweck" verbinden. „Die Parteien setzen ein Schuldverhältnis als bestehend voraus und beabsichtigen gar nichts anderes, als dieses auf die rascheste und bequemste Art zur Durchführung zu bringen. Der mehr oder minder klar zum Bewußtsein gebrachten Parteiintention wird es entsprechen, daß der Gläubiger zunächst nichts anderes vorzubringen brauche, als eben die Tatsache der Ausstellung des Schuldscheines, daß es dagegen dem Schuldner überlassen sein solle, nachzuweisen, in Wirklichkeit schulde er nichts. Dabei steht auch im Laienbewußtsein der Gedanke an den Prozeß und an das, was im Falle eines Prozesses zu beweisen sei, durchaus im Vordergrund." [15]) Auch schon bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde angenommen, daß diese Auffassung in der weitaus größten Anzahl der Fälle zutreffe. Es wurde dabei ausgeführt, daß sich das Darlehn, weil es eine einseitige Verpflichtung begründe, besonders hierzu eigne, und daß es die am meisten gebrauchte Form des abstrakten Schuldversprechens sei. Dies ist auch insofern zutreffend, als den Schuldversprechen und -anerkenntnissen meist ein Darlehn zugrunde liegen wird.

Soll dagegen angenommen werden, daß es in der Absicht der Parteien liegt, daß sich die alte Schuld „nach Darlehnsgrundsätzen" richte, so wird man zu dieser Annahme doch nur dann berechtigt sein, wenn den Umständen nach anzunehmen ist, daß die Parteien nichts anderes wollen.

Sehr häufig im Rechtsverkehr ist z. B. der Fall, daß der Grundstücksverkäufer und -käufer miteinander vereinbaren, daß das dem letzteren gestundete Restkaufgeld als „Darlehn stehen bleiben" und als Hypothek im Grundbuch des nunmehr dem Käufer gehörigen Grundstücks eingetragen werden soll. Hier wird von den Parteien regelmäßig gewollt sein, daß die Schuld als Kaufgeldschuld bestehen bleibe und sich nur nach Darlehnsgrundsätzen richte.[16]) Sieht man von der

---

[14]) Rümelin a. a. O. S. 309.

[15]) Rümelin a. a. O. S. 312.

[16]) A. M. Siber a. a. O. S. 61, der annimmt, daß die Parteien hier unter er Darlehnsverbindlichkeit in der Regel eine abstrakte Verbindlichkeit meinen werden.

erst mit der Eintragung ins Grundbuch entstehenden actio hypothecaria ab, so wird die Absicht der Parteien dahin gehen, daß dem Grundstücksverkäufer nach wie vor auch die actio emti aus dem Kaufvertrage zustehe; zudem wird auch das Weiterbestehen der Bürgschaften und Pfandrechte im Willen der Parteien liegen.

Haben die Parteien durch die Abrede in irgend einem Falle eine abstrakte Schuldverbindlichkeit begründen wollen, ist aber die Abrede infolge mangelnder Schriftform nichtig, so wird das Rechtsgeschäft — vorausgesetzt, daß dies dem Willen der Parteien entspricht — doch als Schuldverwandlung aufrechterhalten werden können (sogen. Konversion § 140 BGB.), wenn wenigstens die Voraussetzungen für diese vorliegen.

§ 16.

Verhältnis des § 607 Abs. 2 zu §§ 780 f. BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage, welcher dieser drei nach heutigem Recht möglichen Auffassungen dem § 607 Abs. 2 zugrunde liegt, nicht entschieden. Es ist deshalb, namentlich in neuester Zeit, Streit darüber entstanden, wie das Geltungsgebiet dieses Paragraphen zu fassen ist, und welches sein Verhältnis zu §§ 780 f. BGB. ist. Ganz zweifellos und auch unbestritten ist hier zunächst, daß die von uns zuletzt behandelte Auffassung der Vereinbarung, ut crediti nomine pecunia debita retineatur, den Bestimmungen des § 607 Abs. 2 unterliegt. Daß dies der Fall ist, ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Gesetzes, denn die Worte „als Darlehn behalten" lassen sich ganz zwanglos dahin deuten, daß die alte Schuld wie eine Darlehnsschuld behandelt werden soll, mit anderen Worten, daß sie sich „nach Darlehnsgrundsätzen" richte.

Dagegen ist es zweifelhaft geworden, ob auch die erste und zweite der von uns als möglich hingestellten Konstruktionen in den Rahmen des § 607 Abs. 2 BGB. fallen.

Daß aber § 607 Abs. 2 nicht nur, wie Enneccerus meint, jenen vorerwähnten Fall umfaßt, ergibt sich schon aus dem Wortlaut

des Gesetzes selbst, „indem[1]) der ganze Absatz 2 inhaltlos und mißverständlich wäre, wenn die dort ausdrücklich als solche anerkannte, Umänderungsabrede in Wahrheit gar nicht diese Bedeutung haben könnte".

Welche von den beiden übrigen Auffassungen liegt aber dem Abs. 2 noch zugrunde, nur die, nach der ein wirkliches kausales Darlehn oder nur die, nach der ein abstraktes Schuldanerkenntnis entsteht, oder fallen beide in seinen Rahmen?

Letzteres nimmt Klemperer[2]) und wohl auch Siber[3]) an, während Rümelin,[4]) dem Vorbilde Bährs folgend, nur die Auffassung als die richtige gelten läßt, nach der eine abstrakte Schuldverpflichtung entsteht. Er glaubt von den Schuldumwandlungen des § 607 Abs. 2 die römische Auffassung von der fingierten duplex numeratio völlig fernhalten zu müssen,[5]) zumal ein praktisches Bedürfnis nicht bestehe, „echte Darlehnsgewährungen" zuzulassen. Er führt aus: „Ist von den Parteien beabsichtigt, daß zum Zwecke der Klagebegründung nur auf den Umwandlungsvertrag rekurriert zu werden brauche, so liegt eine selbständige Schuldbegründung vor, und es ist deshalb die Schriftform zur Anwendung zu bringen." Auch müsse das Gesetz besondere Kriterien aufstellen,[6]) wenn es zwei Arten solcher Vertragsschlüsse zulasse.

Gibt man auch zu, daß ein praktisches Bedürfnis, „echte Darlehnsgewährungen" zuzulassen, nicht besteht — ein Punkt, der bereits oben erörtert ist —, so läßt sich daraus noch kein Schluß ziehen, daß das Gesetz die Abänderungsabrede nicht in diesem Sinne konstruiert haben will. Regelt das Gesetz doch auch Rechtsinstitute, die nur selten oder gar nicht vorkommen, denn es läßt sich nicht immer voraussehen, ob sie auch dem praktischen Bedürfnis entsprechen. Auch mag richtig sein, daß das Gesetz, wenn es zwei derartige Vertragsschlüsse zuläßt, besondere Kriterien dafür aufgestellt hätte. Nun gewährt aber § 607 Abs. 2 auch nicht den mindesten Anhalt dafür, daß ihm gerade die von Rümelin vertretene Auffassung der abstrakten Schuldbegründung

---

[1]) Oertmann 2. Aufl. S. 581.
[2]) Klemperer a. a. O. S. 571 f.
[3]) Siber a. a. O. S. 60, 61.
[4]) Rümelin a. a. O. S. 258.
[5]) a. a. O. S. 258.
[6]) Rümelin a. a. O. S. 257.

zugrunde liegt. Dies läßt schon die Stellung, die der Paragraph im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs einnimmt, zweifelhaft erscheinen. „Enthielte der Umwandlungsvertrag nichts als ein abstraktes Schuldanerkenntnis, so wäre die ganze Vorschrift in Abs. 2 überflüssig. Und das kann man dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur als ultimum refugium zumuten.“ [7]) Dann steht aber auch die Auffassung Rümelins mit dem Wortlaut des Gesetzes in direktem Widerspruch. Von einem abstrakten an eine Form gebundenen Schuldvertrage spricht nämlich das Gesetz überhaupt nicht, sondern klar und deutlich nur davon, daß die formlose mündliche Abrede, das aus einem anderen Grunde geschuldete Geld oder die geschuldeten vertretbaren Sachen sollen als Darlehn behalten werden, gültig und klagbar sein soll. Hiermit kann das Gesetz unmöglich das Schuldanerkenntnis gemeint haben, denn dies wird ja im 20. Titel des Abschn. 7 des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 780—782) geregelt.

Danach kann es nun nicht zweifelhaft sein, daß nach § 607 Abs. 2 die Abänderungsabrede nur noch die Bedeutung haben kann, daß durch sie ein echtes Darlehn begründet wird. Wollen die Parteien dagegen ein abstraktes Schuldverhältnis begründen, so fällt die Abrede überhaupt nicht in den Rahmen des § 607 Abs. 2, sondern in den der §§ 780—782. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß man von „Schuldverwandlung“ nur sprechen kann, wenn die Abrede unter § 607 Abs. 2 fällt, dagegen von „Novation“ nur dann, wenn sie den Bestimmungen der §§ 780 f. BGB. unterliegt.

---

[7]) Oertmann a. a. O. 2. Aufl.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.